

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im deutschen und schweizerischen Strafprozeßrecht.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Klaus Grisebach
aus Freiburg

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Grundsatz der Unmittel-
barkeit der Beweisaufnahme im
deutschen und schweizerischen
Strafprozeßrecht.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Klaus Grisebach
aus Freiburg
1979

Berichterstatter: Prof. Dr. H. H. Jescheck

Dekan: Prof. Dr. D. Liebs

Tag der mündlichen
Prüfung: 19. Dezember 1979



INHALTSÜBERSICHT

Seite

II	Gliederung
IX	Literaturverzeichnis Deutschland
XV	Literaturverzeichnis Schweiz
XXII	Materialien
XXIV	Die Kantone der Schweiz und die Strafprozeß- gesetze
XXVI	Abkürzungsverzeichnis
XXVIII	Methodische und thematische VORBEMERKUNGEN
1	EINFÜHRUNG
29	HAUPTTEIL A
117	Hauptteil B
197	SCHLUSSBETRACHTUNG

	<u>Seite</u>
<u>EINFÜHRUNG</u>	1
I Historische Grundlagen	1
a) <u>Deutsches Recht</u>	1
1. Mittelalter	1
2. Rezeption des römischen Rechts	2
3. Der gemeine Strafprozeß bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts	4
4. Die Reform bis zur StPO von 1877	5
5. Gesetzesänderungen seit 1877	8
b) <u>Schweizerisches Recht</u>	10
1. Die Zeit von 1500 bis zur Helvetik	10
2. Die Helvetik	12
3. Der Strafprozeß des 19. Jahrhunderts	12
4. Die Entwicklung bis heute	13
II Die Umriss des Begriffs der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nach der heute herrschen- den Meinung	
a) <u>Aus deutscher Sicht</u>	17
b) <u>Aus schweizerischer Sicht</u>	20
III Die Funktion der Unmittelbarkeit im gericht- lichen Erkenntnisvorgang	25
 <u>HAUPTTEIL A</u>	
<u>Der formelle Unmittelbarkeitsbegriff oder die Unmittelbarkeit als Form der Kenntnisnahme von den Beweismitteln</u>	29
I Die formelle Unmittelbarkeit im System der wichtigsten Prozeßprinzipien	30

a) <u>Mündlichkeit</u>	30
1. Aus deutscher Sicht	30
2. Aus schweizerischer Sicht	35
aa) Die neuere Literatur	35
bb) Die gesetzliche Regelung	37
— Kontradiktorische Elemente	37
-- Die Anwesenheit des Staatsanwalts	38
-- Die Anwesenheit beider Parteien	40
— Die Urteilsgrundlage	42
-- Streng mündliches Verfahren in Basel-Stadt, Bern und Schaffhausen	42
-- Basel-Land	43
-- Freiburg	43
-- Graubünden	44
-- Die übrigen Prozeßordnungen	45
- Akten als vorrangige Urteilsgrundlage	46
- Die Hauptverhandlung als ergänzendes Element	47
-- Kantone ohne gesetzliche Regelung	47
cc) Die Grenze zur Unmittelbarkeit	50
b) <u>Unmittelbarkeit - Konzentration - Verhandlungseinheit</u>	52
1. Deutsches Recht	52
aa) Konzentrationsmaxime	52
bb) Verhandlungseinheit	53
2. Schweizerisches Recht	54
aa) Konzentrationsmaxime	54
(1) Kantone ohne gesetzliche Regelung	54
(2) Aargau, Bern, Obwalden, Uri	54
(3) Konzentration als Appell an den Richter	55
(4) Freiburg	55
(5) Graubünden und Zürich	55
(6) Kantone mit gesetzlicher Sanktion bei Überschreitung bestimmter Unterbrechungsfristen	56

	Seite
bb) Verhandlungseinheit	58
(1) Gesetzliche Regelung fehlt	58
(2) Thurgau, Uri und BUND	58
(3) Basel-Land, Bern, Freiburg, Luzern	59
(4) Neuenburg, Solothurn, Wallis, Zürich	59
(5) Graubünden, Schaffhausen, Tessin, Waadt	61
(6) Der Einfluß der Rechtsprechung des Bundesgerichts	62
(6.1) BGE 96 I, 321	62
(6.2) BGE 95 I, 593	63
(6.3) Die Stellung des Gerichts- schreibers	64
c) <u>Die formelle Unmittelbarkeit im Ver- hältnis zu dem Recht auf Gehör und zur freien Beweiswürdigung</u>	67
1. Deutsches Recht	67
aa) Rechtliches Gehör	67
bb) Freie Beweiswürdigung	69
2. Schweizerisches Recht	70
aa) Rechtliches Gehör	70
bb) Freie Beweiswürdigung	74
II Die gesetzliche Regelung und die praktische Bedeutung der formellen Unmittelbarkeit	79
a) <u>Die gesetzlichen Grundlagen</u>	79
1. Deutsches Recht	79
2. Schweizerisches Recht	82
aa) Unmittelbare Beweisaufnahme wenn notwendig bzw. zweckmäßig	83
bb) Hauptverhandlung ohne vorange- gangene Voruntersuchung (Freiburg)	88
cc) Ausschließliches Aktenverfahren (Glarus, Nidwalden)	89
dd) Unmittelbarkeit der Beweisauf- nahme als Regel	90
ee) Gerichtliche Beweismaßnahmen vor der Hauptverhandlung	92

	<u>Seite</u>
b) <u>Die praktische Bedeutung der formellen Unmittelbarkeit</u>	95
1. Die Forderung nach voller Wahrnehmungsfähigkeit des erkennenden Richters	95
aa) Deutsches Recht	95
(1) Blinder oder tauber Richter	95
(2) Schlafender Richter oder Schöffe	97
bb) Schweizerisches Recht	98
2. Die Verwertung privaten richterlichen Wissens	100
aa) Deutsches Recht	100
bb) Schweizerisches Recht	102
3. Die Verwertung offenkundiger Tatsachen	104
aa) Deutsches Recht	104
bb) Schweizerisches Recht	106
4. Die richterliche Aktenkenntnis und die Verwendung von Verhandlungsnotizen	107
aa) Deutsches Recht	107
bb) Schweizerisches Recht	110
5. Die Unmittelbarkeit und der Einfluß der Massenmedien auf die Hauptverhandlung	113
aa) Aus deutscher Sicht	113
bb) Aus schweizerischer Sicht	115

HAUPTTEIL B

<u>Die Unmittelbarkeit der Tatsachenerschließung als Teilaspekt des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und ihre Verwirklichung in Gesetz und Praxis (materielle Unmittelbarkeit)</u>	117
I Die Hintergründe der Forderung nach Verwendung des tatnächsten Beweismittels	119
a) <u>Aus deutscher Sicht</u>	119
b) <u>Aus schweizerischer Sicht</u>	121

	<u>Seite</u>
II Die Zulässigkeit und Zuverlässigkeit mittelbarer Beweisführung	124
a) <u>Der Indizienbeweis ("Nähe des Beweisthemas")</u>	124
1. Deutsches Recht	124
2. Schweizerisches Recht	126
b) <u>Die Verwendung von Beweis-(mittel)-Surrogaten</u>	128
1. Im Bereich persönlicher Beweismittel	130
aa) Deutsches Recht	130
(1) Das Zeugnis vom Hörensagen	131
-- Amtliche Verhörspersonen	139
-- Der Sonderfall des Sachverständigen vom Hörensagen	141
(2) Eigene Aufzeichnungen der Wahrnehmungspersonen	144
(3) Amtliche Protokolle	147
(4) Tonbandaufnahmen	150
bb) Schweizerisches Recht	152
(1) Das Zeugnis vom Hörensagen	153
-- Die amtliche Verhörsperson	158
-- Der Sachverständige vom Hörensagen	160
(2) Eigene Aufzeichnungen der Wahrnehmungspersonen	161
(3) Amtliche Protokolle	165
(4) Tonbandaufnahmen	169
2. Im Bereich sachlicher Beweismittel	171
aa) Deutsches Recht	171
(1) Urkundenbeweis	171
(2) Augenschein	172
bb) Schweizerisches Recht	175
(1) Urkundenbeweis	175
(2) Augenschein	176
3. Die wichtigsten Ausnahmen vom Grundsatz der Unmittelbarkeit im Bereich des Personalbeweises durch die Zulassung von Aussageprotokollen	179

	<u>Seite</u>
aa) Deutsches Recht	179
(1) Die echten Ausnahmen	179
-- Verhütung von Beweisverlusten	180
-- Prozeßökonomie	181
-- Verhältnismäßigkeit	184
(2) Die Vorhaltproblematik und die §§ 253, 254 II DStPO	185
bb) Schweizerisches Recht	188
(1) Echte Ausnahmen	188
-- Verhütung von Beweisverlusten	188
-- Prozeßökonomie	190
-- Verhältnismäßigkeit	193
(2) Die Vorhaltproblematik	194
<u>SCHLUSSBETRACHTUNG und Zusammenfassung</u>	197
I Die Prozeßtypen der Schweiz im Spiegel einiger ausgewählter Gesetzesmaterialien	197
II Die Elemente des Grundsatzes der Unmittelbarkeit in vergleichender Gegenüberstellung	203
a) <u>Das Verhältnis der Unmittelbarkeit zu den wichtigsten Verfahrensgrundsätzen</u>	203
1. Mündlichkeit	203
2. Konzentrationsmaxime und Verhandlungseinheit	204
3. Rechtliches Gehör und freie Beweiswürdigung	206
b) <u>Die praktische Bedeutung der formellen Unmittelbarkeit</u>	207
1. Volle Wahrnehmungsfähigkeit	207
2. Privates Wissen des Richters	208
3. Offenkundige Tatsachen	208
4. Aktenkenntnis	209
5. Einfluß der Massenmedien	210

	<u>Seite</u>
c) <u>Die materielle Unmittelbarkeit als abstraktes Denkprinzip und ihre Verwirklichung in Gesetz und Praxis</u>	210
1. Die theoretische Rechtfertigung dieser Idee	210
2. Die praktische Bedeutung der materiellen Unmittelbarkeit bei der mittelbaren Beweisführung	211
aa) Personalbeweis	212
bb) Sachbeweis	215
d) <u>Die wichtigsten Ausnahmen vom Grundsatz der Unmittelbarkeit im Bereich des Personalbeweises</u>	215
1. Echte Ausnahmen	215
2. Die Problematik des Vorhalts aus den Akten	217
III Abschließende Bemerkung	218

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

(Die Literaturhinweise im Text bezeichnen i.d.R. jeweils den Verfassernamen, sowie das im folgenden unterstrichene Stichwort aus dem Werktitel.

Z.B.: Brutzer, Offenkundigkeit S. 17)

A DEUTSCHLAND

- Alsberg-Nüse : Der Beweisantrag im Strafprozeß. 3. Aufl. Köln, Berlin 1967
- Arndt, Adolf : Mittelbares Zeugnis? Wahrheitsermittlung und Nachforschung der Presse. NJW 1962, 1192
- Arzt, Gunther : Der befangene Strafrichter. Tübingen 1969 (zit.: Befangener Strafrichter)
- : Zum Verhältnis von Strengbeweis und freier Beweiswürdigung. In: Einheit und Vielfalt des Strafrechts, FSchr.f.K.Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 223 (zit.: Freie Beweiswürdigung)
- Beling, Ernst : Deutsches Reichs-Strafprozeßrecht mit Ein-schluß des Strafgerichtsverfassungsrechts. Berlin, Leipzig 1928
- Bennecke-Beling : Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeß-rechts. 2. Aufl. Berlin 1900
- Birkmeyer, Karl : Deutsches Strafprozeßrecht mit eingehender Bezugnahme auf die preußischen und bayerischen Ausführungsbestimmungen und unter Berücksichtigung des oesterreichischen Strafprozeß-rechts. Berlin 1898
- Brutzer, Roland : Offenkundigkeit. Wesen und Wert des Begriffs im Strafrecht. Diss. Göttingen 1973
- Dahs, Hans (sen.) : Handbuch des Strafverteidigers. Köln 1969
- Dahs, Hans (jun.) : Das rechtliche Gehör im Strafverfahren. München, Berlin 1965 (zit.: Rechtliches Gehör)
- Dallinger, Wilhelm : Aus der Rechtsprechung des Bundesge-richtshofs in Strafsachen. MDR 1952, 530; 1956, 143; 1970, 196; 1971, 361, 723 (zit.: BGH bei Dallinger)

- Denz, Renate : Zulässigkeit und Umfang des Strafverfahrens gegen Abwesende. Dargestellt für das französische, italienische, österreichische und schweizerische Recht. Diss. Freiburg i.Br. 1969
- Dolderer, Ottmar : Beweis durch Urkunden im Strafprozeß (§§ 249 - 256 StPO) unter besonderer Berücksichtigung der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit. Diss. Tübingen 1956
- Fezer, Gerhard : Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß und im Strafprozeß. Tübingen 1970
- Foth, Eberhard : Polizeibeamte als Zeugen. DRiZ 1971, 341
- Geppert, Klaus : Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, Berlin 1979
- Gerland, Heinrich : Der deutsche Strafprozeß. Eine systematische Darstellung. Mannheim, Berlin, Leipzig 1927
- Glaser, Julius : Handbuch des Strafprozesses, Bd. I, Leipzig 1883
- Grünwald, Gerald : Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren. JZ 1966, 489
- Haeberlin : Sammlung der neuen deutschen Strafprozeßordnungen. Greifswald 1852
- Hanack, Ernst-Walter : Zum Problem der persönlichen Gutachterpflicht, insbesondere in Kliniken. NJW 1961, 2041
- : Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht (Bd. 11 - 22 der Amtlichen Sammlung). JZ 1972, 202, 313
- Hegler, August : Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozeß. In: Der Rechtsgang Bd. I, 1913 Seite 192, Bd. II (1916) S. 267
- Heissler, Udo : Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Strafprozeß unter besonderer Berücksichtigung des Zeugnisses vom Hörensagen. Diss. Tübingen 1973
- Henkel, Heinrich : Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. Stuttgart 1968
- : Die Zulässigkeit und Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen bei der Wahrheitserforschung im Strafverfahren. JZ 1957, 148

- v.Hippel, Robert : Der deutsche Strafprozeß, Marburg 1941
(zit.: Lehrbuch)
- Hirschberg, Max : Das Fehlurteil im Strafprozeß. Zur Pathologie der Rechtsprechung. Stuttgart 1960
- Holtz, Günter : Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. MDR 1976, 986
(zit.: BGH bei Holtz)
- Jescheck, Hans-Heinrich : Das Laienrichtertum in der Strafrechtspflege der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz. In: FSchr.f.Hans Schultz = ZStrR 94 (1977) S. 229
- v.Kamptz : Revidierter Entwurf der Strafprozeß-Ordnung für die Preußischen Staaten. Erster Theil (Entwurf); Zweiter Theil (Motive).Berlin 1841
- Kern-Roxin : Strafverfahrensrecht. 12. Aufl. München 1974
- K M R : (Kleinknecht, Müller, Reitberger) Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Bd. I 6. Aufl. Darmstadt 1966
(zit.: StPO)
- Kleinknecht, Theodor : Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen. 33. Aufl. München 1977
(zit.: StPO)
- Kohlhaas, Max : Tonbandaufnahmen im Strafprozeß. DRIZ 1955, 80
- Krause, Friedrich-Wilhelm : Zum Urkundenbeweis im Strafprozeß. Hamburg 1966
- v.Kries, August : Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der deutschen Strafprozeßordnungen. ZStW 6 (1886), 88
- : Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg i.Br. 1892
- Krönig, Ernst : Die Kunst der Beweiserhebung im Zivilprozeß. 3. Aufl. Hamburg 1959
- Kuckuck, Bernd : Zur Zulässigkeit von Vorhalten aus Schriftstücken in der Hauptverhandlung des Strafverfahrens. Berlin 1977
(zit.: Vorhalt)
- Kulischer, Eugen : Das Zeugnis vom Hörensagen. In: Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 34 (1907), 169
- Leue : Der mündliche öffentliche Anklageprozeß und der geheime Untersuchungs-Prozeß in Deutschland. Aachen 1840

- Löhr, Holle-Eva : Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozeßrecht. Berlin 1972
- Löwe-Rosenberg : Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. 23. Aufl. Berlin 1976 (zit.: StPO)
- Manke, Klaus : Die gerichtliche Voruntersuchung in Frankreich, Österreich, Italien und der Schweiz. Ein Vergleich im Hinblick auf die deutsche Strafprozeßreform. Diss. Freiburg i.Br.1966
- Marr, Folkert : Anmerkung zu BGH (Urteil v. 7.9.1962) NJW 1963, 309
- Maunz-Dürig-Herzog : Grundgesetz. München 1968
- Meyer, Jürgen : Dialektik im Strafprozeß. Tübingen 1965
- Mittermaier, Carl-Joseph-Anton : Theorie des Beweises im Feinlichen Prozesse. Darmstadt 1821
- : Das deutsche Strafverfahren in Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Partikulargesetz-bücher. Heidelberg 1827
- : Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder. Stuttgart, Tübingen 1845
- Mönkehaus, Heinz : Das Tonband im Strafverfahren. Diss. Basel 1970
(Zugleich schweizerisches Recht! Im dortigen Literaturverzeichnis nicht nochmals aufgeführt)
- Muskat, Eugen : Das Zeugniß vom Hörensagen im Deutschen Strafprozesse. GA 36 (1888), 281
- Peters, Karl : Individualgerechtigkeit und Allgemeininteresse im Strafprozeß. In: Summum ius, summa iniuria. Tübingen 1963, Seite 191
- : Freie Beweiswürdigung und Justizirrtum. In: FSchr.f.Olivecrona, Stockholm 1964, S. 532
- : Anmerkung zum Urteil des BGH v. 16.2.1965 (= BGHSt 20, 160), JZ 1965, 650
- : Strafprozeß. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. Karlsruhe 1966

- Peters, Karl : Beweisverbote im deutschen Strafverfahren. (Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, Essen 1966) Bd. I Teil 3 A Seite 91 München, Berlin 1966
- : Fehlerquellen im Strafprozeß. Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland. Bd. I, Karlsruhe 1970; Bd. II, Karlsruhe 1972
- Planck, Julius-Wilhelm : Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848. Göttingen 1857
- Oetker, F. : Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Monstreprozesse. GS 105 (1935), 1
- Redecker, Hans-Dieter : Die Verwertung des Vernehmungsprotokolls in der Hauptverhandlung. Diss. Frankfurt/M. 1972
- Rieß, Peter : Die Durchführung der Hauptverhandlung ohne den Angeklagten. Zugleich ein Beitrag zum neuen § 231 a StPO. JZ 1975, 265
- : Der Hauptinhalt des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG). NJW 1975, 81
- Roxin, Claus : Die Reform der Hauptverhandlung im deutschen Strafprozeßrecht. In : Probleme der Strafprozeßreform (Hrg. Lüttger) Seite 52, Berlin 1975
- Rudolphi, Hans-Joachim : Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Strafprozeß. MDR 1970, 93
- Rüping, Heinrich : Funktionen der Laienrichter im Strafverfahren, JR 1976, 272
- Rupp, Erwin : Der Beweis im Strafverfahren. Freiburg, Tübingen 1884
- Sarstedt, Werner : Die Revision in Strafsachen. 4. Aufl. Essen 1962
- : Auswahl und Leitung des Sachverständigen im Strafprozeß (§§ 73, 78 StPO). NJW 1968, 177
- Schaefer, Siegbert : Zeugnis vom Hörensagen und freie Beweiswürdigung im Strafprozeß. Breslau 1933
- Schäfer, Karl : Strafprozeßrecht. Eine Einführung. Berlin, New York 1976

- Schmidt, Eberhard : Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil I (Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts) Göttingen 1964 (zit.: LK I)
Teil II (Erläuterungen zur StPO und zum Einführungsgesetz zur StPO) Göttingen 1957 (zit.: LK II)
- : Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Göttingen 1965
- : § 261 in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung. JZ 1970, 337
- Schneider, Egon : Vernehmungskunst und Protokollierungstechnik. MDR 1965, 715
- Schneidewin, Karl : Der Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung. JR 1951, 481
- Schöneborn, Christian : Die strafprozessuale Beweisverwertungsproblematik aus revisionsrechtlicher Sicht. GA 1975, 33
- Schreiber, Hans-Ludwig : Akteneinsicht für Laienrichter? Zu den Grundsätzen von Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Strafprozeß. In: FSchr. f. Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974 Seite 941
- Schroth, Hans-Jürgen : Der Vorhalt eigener protokollierter Aussagen an den Angeklagten. ZStW 87 (1975) Seite 103
- Seibert, Claus : Der verhandlungsunfähige oder unaufmerksame Richter im Strafverfahren. NJW 1963, Seite 1044 (zit.: Unaufmerksamer Richter)
- Spendel, Günter : Wahrheitsfindung im Strafprozeß. JuS 1964, Seite 465
- Sprang, Irmgard : Die Zulässigkeit des Beweises durch Zeugen vom Hörensagen, insbesondere im Rahmen des § 252 StPO. Diss. Göttingen 1960
- Stolzenburg, Friedrich-Wilhelm : Die Berufung. In: Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren. Bericht der amtlichen Straf-Prozeßkommission. 1938. Seite 357
- Ullmann, Emanuel : Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. München 1893

- Warda, Günter : Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht. Köln, Berlin 1962
- Wetterich, Paul : Der Polizeibeamte als Zeuge. 2. Aufl. Stuttgart 1977
- Zachariae, Heinrich : Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und accusatorischen Prinzips. Göttingen 1846
- : Handbuch des deutschen Strafprozesses. Erster Band. Göttingen 1861
- Ziegler, Wolfgang : Zweckmäßigkeitstendenzen in der höchst-richterlichen Auslegung des Beweisrechts im Strafverfahren. Tübingen 1969
- Zipf, Heinz : Strafprozeßrecht. Berlin 1972
- B SCHWEIZ
- Aeppli, Heinz : Tonbandaufnahmen von Verhören statt Protokollierung. Kriminalistik 1954, 173
- : Das Tonband im Strafverfahren. ZStrR 74, 217
- Bachtler, Bruno : Der Angeschuldigte im schweizerischen Strafprozeßrecht. Seine Stellung, insbesondere seine Rechte. Bümpliz 1909
- Bauhofer, Arthur : Wer vor Gericht gestellt wird muß freigesprochen oder verurteilt werden.
In: Strafprozeß und Rechtsstaat, FSchr.f. Pfenninger, Zürich 1956, Seite 15
- Bohn, Gerhard : Das Strafverfahren des Kantons Schaffhausen. Diss. Zürich 1938
- Brand, Ernst : Eidgenössische Gerichtsbarkeit. III. Teil (Von der Gründung des Bundesstaats bis zur Gegenwart). Bern 1962
- Brühlmeier, Beat : Aargauische Strafprozeßordnung. Aarau 1960
(zit.: Strafverfahren)
- Carlen, Louis : Rechtsgeschichte der Schweiz. Eine Einführung. Bern 1968
- Clerc, François : L'instruction préparatoire en Suisse. RSC 1952, 203
- : Chronique helvétique trimestrielle, ZStrR 95 (1978), 103
- v.Cleric, G.F. : Psychiatrie und Strafrechtspflege. SJZ 12 (1915/16), 89
- : Die Protokollierung in der Voruntersuchung. SJZ 13 (1916), 275

- v.Cleric, G.F. : Die Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit im Strafprozeß. SJZ 12 (1915/16), Seite 41
- : Die Ende des Jahres 1930 bestehenden hauptsächlichlichen Quellen des Schweizer Strafprozeßrechts. ZStrR 45, 330
- Comtesse, Frédéric-Henri : Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozeßrecht. ZSR 65, 61a
- Dürrenmatt, Peter : Schweizer Geschichte. Band 1 (Von der Urgeschichte zur Gegenwart). Zürich 1976
- Eggenschwiler, Ernst : das solothurnische Schwurgericht. ZStrR 62, 426
- Fehr, Max : Das zürcherische Geschworenengericht. Diss. Zürich 1975
- Fritzsche, Hans : (Ohne Titel: Briefliche Stellungnahme) In: Hans Reichel, Bestellung und Stellung der Richter in der Schweiz und im künftigen Deutschland. Tübingen 1918, Seite 64 (zit.: Fritzsche, in : Reichel, Richter in der Schweiz)
- : Der Zweck der Strafuntersuchung nach Gesetz und Praxis des Strafprozeßrechts des Kantons Zürich. In: Strafprozeß und Rechtsstaat, FSchr.f.Pfenninger, Zürich 1956, Seite 57
- Gauthier, Jean : Anmerkung zum Urteil des Kassationshofs Waadt Journal des Tribunaux 1977 III, 95
- : Le recours en réforme en procédure pénale vaudoise, Lausanne 1971
- Gebistorf, Benno : Die luzernische Kassationsbeschwerde in Strafsachen. Diss. Fribourg 1970
- Genoud, Jean : La production des dossiers administratifs dans les affaires pénales. ZStrR 64, 197
- Germann, Oscar-Adolf : Rechtssicherheit. ZStrR 49, 257
- : Zum strafprozeßrechtlichen Legalitätsprinzip. ZStrR 77, 1
- Giezendanner, Max : Die Stellung des Beschuldigten im Bundes-Strafprozeß vor eidgenössischen Behörden. Diss. Bern 1946
- Gilliéron, Pierre-Robert : Procédure pénale vaudoise. Code annoté. Lausanne 1969
- Grassberger, Roland : Psychologie des Strafverfahrens. Wien 1968

- Graven, Jean : L'emploi du magnétophone dans la procédure pénale. ZStrR 73, 361
- : Organisation et fonction du ministère public en Suisse. Rapport pour le Congrès de Mexico sur le ministère public; RSC 1964, 53
- Guldener, Max : Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht. Zürich 1942
- Gutachten : Gutachten Mrhghhrn (?) der Committierten über die Verbesserung der hiesigen Criminal-Proceßform. Bern 1797
- Haefliger, Arthur : Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung. 2. Aufl. Bern 1959 (zit.: MStGO)
- Hauert, Rudolf-Peter : Das solothurnische Schwurgericht. Diss. Bern 1974
- Hauser, Robert : Das Strafprozeßrecht der ostschweizerischen Kantone. Vorlesungskriptum, Bern 1971 (zit.: Ostschweizerische Kantone)
- : Der Zeugenbeweis im Strafprozeß mit Berücksichtigung des Zivilprozesses. Zürich 1974
- : Grundzüge des Strafprozeßrechts. Dargestellt am Beispiel der Kantone Zürich, Appenzell ARh und IRh, St. Gallen und Thurgau unter Berücksichtigung des Bundesrechts. Eigendruck, St. Gallen 1977
- : Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozeßrechts. Basel 1977
- : Die prozessuale Stellung des Kindes als Zeuge und geschädigte Partei. SJZ 1963, 209, 233
- : Die Protokollierung im schweizerischen Prozeßrecht. ZStrR 82, 158
- : Anonyme Gewährspersonen im Strafprozeß. ZStrR 82, 306
- : Probleme und Tendenzen im Strafprozeß. ZStrR 88, 113
- : Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des Strafverfahrens. ZStrR 90, 225
- : Die Nichtigkeitsbeschwerde nach den kantonalen Strafprozeßgesetzen. In: FSchr.f. Guldener 1973, Seite 109
- : Am Ende von Schwur- und Geschworenengericht? FSchr.f.H.Schultz 1977 S. 252

- Hauser, Robert : Zur Teilnahme der Parteien in der Voruntersuchung. SJZ 1975, 341
- : Kantonale Gesetzgebung - Strafrecht und Strafprozeßrecht, Gerichtsverfassungsrecht. SJZ 1977, 67
- Hauser/Hauser, Willy und Robert : Gerichtsverfassungsgesetz vom 29.1.1911 mit den seitherigen Änderungen. (begonnen) Zürich 1960 (zit.: GVG)
- v.Hentig, Hans : Das Geständnis. ZStrR 42, 23
- : Tagebücher als Berichtsurkunden. ZStrR 78, 281
- Huber, Joseph : Die Appellation nach den schweizerischen Strafprozeßgesetzen. Diss. Fribourg 1930
- Husi, Fritz : Das Strafverfahren vor Kriminalgericht und vor Bezirksgericht nach der Strafprozeßordnung des Kantons Schwyz von 1956. Diss. Winterthur 1960
- Huth, Max : Richtlinien der strafrechtlichen Beweisaufnahme. ZStrR 60, 407
- Hutzli, Peter : Die verfassungsmäßigen bundesrechtlichen Schranken im einzelstaatlichen Strafprozeß. Rechtsvergleichend dargestellt am Beispiel der USA und der Schweiz. Zürich 1973
- Iten, Berta : Studien zum zugerischen Strafprozeß und seiner Reform. Diss. Fribourg 1939
- Iten, Ernst : Das Verfahren gegen Abwesende nach der zugerischen Strafprozeßordnung. Diss. Zürich 1973
- Jaeger, Maximilian : Die Nichtigkeitsbeschwerde im St. Gallischen Strafprozeß. Diss. Zürich 1976
- Kocher, Jan-Paul : Das Geschworenengericht nach der aargauischen Strafprozeßordnung vom 11. November 1958. Diss. Zürich 1965
- Krauer, Max : Die Gestaltungsprinzipien und Subjekte des bernischen Strafverfahrens erster Instanz. Diss. Bern 1933
- Krümpelmann, Justus : Aufbau der Strafgerichtsbarkeit und Rechtsmittelzug in der Schweiz; Landesbericht aus den rechtsvergleichenden Vorarbeiten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg im Auftrag des(deutschen) Bundesjustizministeriums. (Umdruck) Freiburg i.Br. 1970 Band I S.193 ff
- Lenherr, Paul : Die Auskunftsperson im schweizerischen Strafprozeßrecht. Zürich 1970

- Lerch, Emil : Die Revision des Strafverfahrens des Kantons Luzern. ZStrR 58, 436
- : Mittel- und Unmittelbarkeit im Verfahren vor den luzernischen Strafgerichten. ZStrR 69, 355 (zit.: Mittelbarkeit)
- Lifschitz, I.D. : Neuerungen des revidierten bernischen Strafverfahrens für den praktizierenden Anwalt. SJZ 1975, 201
- Lüthi, Werner : Das Kriminalgerichtswesen der Helvetischen Republik im Jahre 1798. Bern 1931
- : Die Gesetzgebung der Helvetischen Republik über die Strafrechtspflege. Bern 1938
- : Regenerationsbewegung und eidgenössische Strafrechtspflege. ZStrR 46, 61
- Marti, Albert : Das Verfahren gegen Abwesende nach der neuen aargauischen Strafprozeßordnung vom Jahre 1958. Aarau 1963
- Meier, A. : Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V im Gebiete der heutigen Schweiz. Diss. Bern 1910
- Meier, Ewald : Die Verfahrensgrundsätze der aargauischen Strafprozeßordnung (§§ 24-30) vom 11. November 1958. Diss. Zürich 1965
- Messinger, Eugen : Die Funktion der Voruntersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Bundesstrafprozeßordnung v.15.6.1934. Diss. Bern 1938
- Nägeli, W. : Die Einleitung der Strafuntersuchung und Zusammenarbeit mit der Polizei. Kriminalistik 1970, 315, 413
- Neumann, Paul : Grenzen der Zeugnispflicht im Strafprozeß. Diss. Zürich 1930
- Noll, Peter : Strafprozeßrecht. Vorlesungskriptum Zürich 1977
- : Zur Frage der Vereinheitlichung des Strafprozeßrechts in der Schweiz in: FSchr.f. Max Guldener Zürich 1973 S. 231 ff
- Paillard, René A. : Le Témoignage en Justice. Diss. Genf 1962
- Pfenninger, Hans-Felix : Das Geständnis im zürcherischen Strafprozeß. SJZ 9 (1912/13), 44
- : Das Materialprinzip im modernen Strafprozeßrecht. ZStrR 31 (1917), 61

- Pffenninger, Hans-Felix : Eidgenössisches Strafrecht und kantonales Strafprozeßrecht. SJZ 1955, 197
- : Das Tonband im schweizerischen Strafverfahren. SJZ 1958, 281
- : Nachschrift der Redaktion (zu dem Aufsatz von Steiner, Die neue aargauische Strafprozeßordnung). SJZ 1960, 87
- : Probleme des schweizerischen Strafprozeßrechts. Zürich 1966
- Pfrommer, Urs-Beat : Die Appellation (Berufung) im Schweizer Strafprozeß. Diss. Basel 1972
- Poncet, Dominique : L'Instruction contradictoire dans le système de la procédure pénale genevoise et en droit français; Genf 1967
- : La protection de l'accusé par la Convention Européenne des Droits de l'Homme; Genf 1975
- Raymann, Ludwig : Die Nichtigkeitsgründe im zürcherischen Strafprozeß. Diss. Zürich 1972
(zit.: Nichtigkeitsbeschwerde)
- Regli, Robert : Das ernerische Strafverfahren. Diss. Fribourg 1968
- Rittler, Th. : Der Indizienbeweis und sein Wert. ZStrR 43, 173
- Robert, Olivier : Der Augenschein im Strafprozeß. Zürich 1974
- Rohner, Max : Presse und Strafjustiz. ZStrR 88, 145 ff.
- Schenker, Hugo : Die freie Beweiswürdigung und ihre Ausnahmen im schweizerischen Strafprozeßrecht. Diss. Zürich 1936
- Scherrer, Leo : Die Prozeßmaximen im schweizerischen Militärstrafprozeß. Diss. Zürich 1974
- Schubarth, Martin : Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft. Bern 1973
- Stamm, Judith : Das sexuell geschädigte Kind in der Strafuntersuchung. Diss. Zürich 1967
- Sträuli, Hans : Gesetze betreffend die zürcherische Rechtspflege. III. Teil (Strafprozeßordnung) Zürich 1924 (zit.: StPO)
- Streiff, Heinrich : Die Strafrechtspflege im Kt. Glarus. Diss. Zürich 1948
- Studer, Peter : Die anonyme Gewährsperson im Strafprozeß. Zürich 1975
- Suter, Hans : Die Stellung des Zeugen im Bundesstrafprozeß. Diss. Bern 1939

- Tarnutzer, Hans-Jürg : Die Stellung des Beschuldigten im Bündner Strafprozeß. Diss. Bern 1972
- Tinner, Rolf : Das rechtliche Gehör. ZSR 83, 295
(zit.: Rechtliches Gehör)
- Töndury, Guolf : Die Staatsanwaltschaft im aargauischen Strafprozeß. Diss. Zürich 1972
- Ulrich, Stefan : Der Angeschuldigte im zugerischen Untersuchungsverfahren. Diss. Zürich 1974
- Waiblinger, Max : Das Strafverfahren für den Kanton Bern. Langenthal 1937, 1942
- : Bericht über den Frühjahrskongress 1951 der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft. ZStrR 66, 365
- : Zur Frage der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozeßrechts. ZStrR 67 (1952), 217
- Walder, Hans : Die Beweisführung in Strafsachen, insbesondere der Indizienbeweis. (Referat vor dem Kriminalistischen Institut des Kantons Zürich im Wintersemester 1974/75) Zürich 1975
- Wettstein, Edgar J. : Der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafprozeß. Zürich 1966
(zit.: Öffentlichkeit)
- Weydmann, H. : Übersicht über Organisation und Gang des Strafverfahrens in Appenzell I.-Rh. ZStrR 14 (1901), 277
- Zbinden, Paul : Die Kassationsbeschwerde im freiburgischen Strafprozeß. Diss. Fribourg 1968
- Zürcher, Johann : Die Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit und ihre Anwendung im neuen bernischen Strafverfahren. Diss. Bern 1936

Materialien (Schweiz)

=====

Aargau

Der Regierungsrat des Kantons Aargau an den Großen Rat.
Aarau den 10. Februar 1956. (Amtliche Begründung des Entwurfs eines Gesetzes über die Strafrechtspflege)

Zitiert: Begründung E 1956 AG

Der Regierungsrat des Kantons Aargau an den Großen Rat.
Aarau 13. September 1957. (Bericht für die 2. Beratung des Entwurfs 1956)

Zitiert: Bericht E 1956 2. Beratung AG

Appenzell ARh.

Bericht und Antrag an den Kantonsrat von Appenzell ARh.
Herisau den 10. Mai 1977. (Totalrevision der StPO, 1. Lesung)

Zitiert: Entwurf des Regierungsrates v. 10.5.1977 AR

Basel-Stadt

Ratschlag und Entwurf eines Gesetzes betreffend die Strafprozeßordnung. (Dem Großen Rate des Kantons Basel-Stadt vorgelegt den 14. Mai 1926). Drucksache des Justizdepartements Nr. 2739

Zitiert: Ratschlag zum Entwurf vom 14.5.1926 BS

Bericht der Großratskommission für die Revision der Strafprozeßordnung. (Dem Großen Rate des Kantons Basel-Stadt vorgelegt am 4. April 1929.) Drucksache Nr. 2935

Zitiert: BS Bericht 1929

Graubünden

Abschied des Großen Rates zur Volksabstimmung vom 7. April 1974. Teilrevision des Gesetzes über die Strafrechtspflege (StPO) und Änderung des Art. 21 der Kantonsverfassung.

Zitiert: Teilrevision 1974 GR

Schaffhausen

Regierungsrätliche Vorlage an den Großen Rat.

Entwurf Oktober 1907: Strafprozeßordnung für den Kanton Schaffhausen. Mit Beilagen.

I : Allgemeiner Bericht zum Entwurf einer Strafprozeßordnung für den Kanton Schaffhausen (von H. Bolli, Januar 1907, Seite 97)

Zitiert: Bolli I

II : Bemerkungen zur regierungsrätlichen Vorlage an den Großen Rat betreffend eine Strafprozeßordnung für den Kanton Schaffhausen. (Von H. Bolli, Seite 121)

Zitiert: Bolli II

III : Bemerkungen zu dem von Herrn Rechtsanwalt Bolli verfaßten Entwurf einer Strafprozeßordnung für den Kanton Schaffhausen. (Von Zürcher, Seite 171)

Zitiert: Zürcher, Bemerkungen

Solothurn

Totalrevision der Strafprozeßordnung. Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 15. April 1969.

Zitiert: Bericht und Antrag

Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 23.1.1976

Zitiert: Bericht und Antrag vom 23.1.1976

Thurgau

Botschaft an den Großen Rat betreffend Revision des kantonalen Strafprozeßrechts. Der Regierungsrat des Kantons Thurgau an den Großen Rat. (Frauenfeld 22. November 1962)

Zitiert: Botschaft v. 22.11.1962 TG

Wallis

Botschaft betreffend den Entwurf einer neuen Strafprozeßordnung. Der Staatsrat des Wallis an den Großen Rat.

Sitten (Sion) den 26. April 1946

Zitiert: Botschaft v. 26.4.1946 VA

Zürich

Antrag des Regierungsrates vom 13. Januar 1966.

Gesetz über die Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 29. Januar 1911 und des Gesetzes betreffend den Strafprozeß (Strafprozeßordnung) vom 4. Mai 1919. Nebst Weisung des Regierungsrates (Seite 144).

Zürcher Amtsblatt 1966, 4. Februar, Ordnungs-Nr. 1308, S. 136

Zitiert: Weisung zum Antrag v. 13.1.1966 ZH

Antrag des Regierungsrates vom 29. März 1972. Gesetz über die Änderung der Strafprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Strafgesetzbuch. (Drucksache Nr. 1816). Nebst Weisung des Regierungsrates (Seite 20)

Zitiert: Weisung zum Antrag v. 29.3.1972 ZH

Weisungen der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich an die Bezirksanwaltschaften. Zürich 1968

Zitiert: Weisungen

Zug

Strafprozeßordnung für den Kanton Zug. Entwurf nach dem öffentlichen Anklageverfahren. Mit einem Bericht der Kommission. (Zug 1874)

Zitiert: Zug Entwurf 1874

Die schweizerischen K a n t o n e mit den im Text verwendeten Abkürzungen (z.B. AG = Aargau) mit den derzeit gültigen S t r a f p r o z e ß g e s e t z e n *)

- AG = Aargau : Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozeßordnung) v. 11.11.1958, idF v. 24.1.1977 (§)
- AR = Appenzell-Außerrhoden : Gesetz über den Strafprozeß v. 30.4.1978 (Art.)
- AI = Appenzell-Innerrhoden : Strafprozeßordnung für den Kanton Appenzell IR v. 27.4.1941, idF v. 29.4.1973 (Art.)
- BL = Basel-Land : Gesetz betreffend die Strafprozeßordnung (StPO) v. 30.10.1941, idF v. 7.6.1971 (§)
- BS = Basel-Stadt : Strafprozeßordnung v. 15.10.1931, idF v. 18.3.1976 (§)
- BE = Bern : Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern v. 20.5.1928, idF v. 6.11.1973 (Art.)
- FR = Freiburg (Fribourg) : Strafprozeßordnung idF v. 15.11.1968 idF v. 26.11.1974 (Art.)
- GE = Genf (Geneve) : Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 (Art.)
- GL = Glarus : Strafprozeßordnung des Kantons Glarus v. 2.5.1965, idF v. 1.5.1977 (Art.)
- GR = Graubünden : Gesetz über die Strafrechtspflege (StPO) v. 8.6.1958, idF v. 7.4.1974 (Art.)
- LU = Luzern : Gesetz über die Strafprozeßordnung v. 3.6.1957, idF v. 12.9.1978 (§)
- NE = Neuenburg (Neuchâtel) : Code de procédure pénale neuchâtelais du 19 avril 1945, idF v. 21.6.1977 (Art.)
- NW = Unterwalden nid dem Wald (Nidwalden) : Verordnung über den Strafprozeß v. 3.7.1976 (§)
-

*) Die Gesetzeshinweise im Text nennen die Kantonsabkürzung und die Nummer der Vorschrift ohne Artikel- oder §-Zusatz.

- OW = Unterwalden ob dem Wald (Obwalden) : Verordnung über die Strafrechtspflege (Strafprozeßordnung) v. 9.3.1973 (Art.)
- SO = Solothurn : Strafprozeßordnung v. 7.6.1970, idF v. 13.3.1977 (§)
- SH = Schaffhausen : Strafprozeßordnung für den Kanton Schaffhausen v. 3.3.1909, idF v. 4.5.1964 (Art.)
- SZ = Schwyz : Verordnung über den Strafprozeß v. 28.8.1974 (§)
- SG = St. Gallen : Gesetz über die Strafrechtspflege v. 9.8.1954, idF v. 13.2.1974 (Art.)
- TG = Thurgau : Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozeßordnung) v. 30.6.1970 (§)
- TI = Tessin (Ticino) : Codice di procedura penale del 10 luglio 1941, idF v. 27.6.1960 (Art.)
- UR = Uri : Strafprozeßordnung für den Kanton Uri v. 8.6.1959/15.10.1969 (Art.)
- VA = Waadt (Vaud) : Code de procédure pénale du 12 septembre 1967 (Art.)
- ZG = Zug : Strafprozeßordnung für den Kanton Zug v. 3.10.1940, idF v. 23.12.1957 (§)
- ZH = Zürich : Gesetz betreffend den Strafprozeß (Strafprozeßordnung) v. 4.5.1919, idF v. 25.9.1977 (§)

Die eidgenössischen Strafprozeßgesetze:

- BUND : Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege v. 15.6.1934 (BStPO), idF v. 22.3.1974 (Art.)
- MStGO : Militärstrafgerichtsordnung v. 28.6.1889,*¹ idF v. 5.10.1967 (Art.)

*) Über Änderungsbemühungen informiert die Botschaft des Bundesrates v. 7.3.1977 im Bundesblatt 1977 Bd. 2 S. 1 ff

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	= anderer Ansicht
aaO	= am angegebenen Ort
a.E.	= am Ende
a.F.	= alte Fassung
AGVE	= Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Aarau; Jahr, Seite)
Amtsbericht	= <u>Obwalden</u> : Amtsbericht des Regierungsrates (Sarnen; Jahr, Seite) <u>Schaffhausen</u> : Amtsbericht des Obergerichts an den Großen Rat des Kantons Schaffhausen (Schaffhausen; Jahr, Seite)
Anm.	= Anmerkung
a.o.	= außerordentlich(er)
AZ	= Aktenzeichen
BayObLGst	= Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landes- gerichts in Strafsachen (München; Band, Seite)
Bd.	= Band
BGBI	= Bundesgesetzblatt (Deutschland) Band, Jahr, Seite
BGE	= Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne; Band, Sektion, Seite)
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs. Amtliche Sammlung Strafsachen (Karlsruhe; Band, Seite)
BV	= Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenos- senschaft v. 29.5.1874
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Karlsruhe; Band, Seite)
CCC	= Constitutio Criminalis Carolina
ders.	= Derselbe
d.h.	= das heißt
Diss.	= Dissertation
DStPO	= Deutsche Strafprozeßordnung von 1877
E	= Entwurf
EMKG	= Entscheidungen des Militärkassationsgerichts (Bern; Band, Nr.)
Extraits	= Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du Tribunal Cantonal de L'etat de Fribourg (Fribourg; Jahr, Seite)
FN	= Fußnote
FSchr	= Festschrift
GA	= Goldammer's Archiv für Strafrecht (Berlin, Hamburg; Band (Jahr), Seite)
ggf.	= gegebenenfalls
GOG	= Gerichtsorganisationsgesetz
GS	= Der Gerichtssaal (Stuttgart; Band, Jahr, Seite)
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
GVP	= St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (St. Gallen; Jahr, Seite)
h.M.	= herrschende Meinung
Hrg.	= Herausgeber
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung (Berlin; Jahr, Nr.)
idF	= in der Fassung
JR	= Juristische Rundschau (Berlin; Jahr, Seite)
JZ	= Juristenzeitung (Tübingen; Jahr, Seite)

- JuS = Juristische Schulung (München, Berlin, Frankfurt; Jahr, Seite)
- Kap. = Kapitel
- KG = Kammergericht Berlin
- KMR = siehe Literaturverzeichnis
- Kriminalistik = Kriminalistik (Hamburg; Jahr, Seite)
- LM = Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (München, Berlin; §, Nr.)
- Maximen = Entscheidungen des Obergerichts des Kantons Luzern und der Anwaltskammer (Luzern; Jahr, Nr.)
- MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht (Hamburg; Jahr, Seite)
- m.E. = meines Erachtens
- mwN = mit weiteren Nachweisen
- n.F. = neue Fassung
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Frankfurt; Jahr, Seite)
- OGHSt = Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen (Berlin, Hamburg; Band, Seite)
- OLG = Oberlandesgericht
- PKG = Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden (Chur; Jahr, Nr., Seite)
- Rechenschaftsbericht = Thurgau: Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau (Arbon; Jahr, Seite)
- Zürich: Rechenschaftsbericht des Obergerichts und des Kassationsgerichts (Zürich; Jahr, Seite)
- RGBL = Reichsgesetzblatt (Band, Jahr, Seite)
- RGSt = Entscheidungen des Reichsgerichts, Amtliche Sammlung Strafsachen (Band, Seite)
- RSC = Revue de Science criminelle et de Droit comparé (Paris; Jahr, Seite)
- RStPO = Reichsstrafprozeßordnung v. 1877
- SJZ = Schweizerische Juristenzeitung (Zürich; Jahr, Seite)
- u.U. = unter Umständen
- vgl. = vergleiche
- VRS = Verkehrsrechts-Sammlung (Berlin, Bielefeld, München; Jahr, Seite, Nr.)
- Weisungen = siehe Materialien
- z.B. = zum Beispiel
- ZBJV = Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern; Band, Seite)
- ZR = Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich; Band, Nr.)
- ZSR = Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Neue Folge (Basel; Band, Seite)
- ZStrR = Zeitschrift für Schweizer Strafrecht (bis 1895), Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern; Band, Seite)
- ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin, Leipzig; Band (Jahr), Seite)

Methodische und thematische VORBEMERKUNGEN

1. Die strafprozessuale Diskussion in Deutschland stellt die fundamentale Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes nicht mehr in Frage, ja baut sogar auf der Überzeugung auf, daß es sich hier um eine prozessuale Selbstverständlichkeit handle. Vor diesem Hintergrund ist die Beschäftigung mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz im schweizerischen Strafprozeßrecht verwirrend und fesselnd zugleich. Verwirrend, weil das einheitliche schweizerische Strafrecht durch 25 verschiedene kantonale und zwei Bundesstrafprozeßordnungen verwirklicht wird, was von vornherein zur Rechtsvergleichung im Mikrokosmos zwingt. Fesselnd andererseits, weil gerade für den Betrachter aus Deutschland die Vielfalt der Lösungsmöglichkeiten das gewohnte Gefühl der Selbstverständlichkeit in zunächst entwaffnender Weise in Frage stellt.

Es ist das Ziel dieser Arbeit, auf der Grundlage der jüngeren deutschen Forschungsergebnisse über Begriff, Inhalt und praktische Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Grundsätzlichen wie im Detail der schweizerischen Strafprozeßrechte zu skizzieren.

2. Für das Verständnis der Ausführungen zum Schweizer Recht ist von vornherein eine der Hauptschwierigkeiten dieses Vorhabens zu berücksichtigen: Die strafprozessuale Diskussion in der Schweiz ist infolge der Rechtszersplitterung insgesamt gesehen von geringerem Gewicht als in Deutschland, wobei die geringe Größe der Rechtsgebiete, sowie eine offensichtliche Reserve gegenüber prinzipienorientierten Diskussionen mit-¹⁾spielen.

1) Die Größe der schweizerischen kantonalen Rechtsgebiete entspricht größtenteils der Größe baden-württembergischer Landkreise bzw. Regierungsbezirke. Lediglich die Flächenkantone Bern und Graubünden fallen aus diesem Rahmen heraus. --
Von einer schweizerischen Vorliebe für zweckmäßige Lösungen spricht Graven, Organisation, RSC 1964, 68.

3. Um aus der Fülle der Quellen des schweizerischen Strafprozeßrechts²⁾ für diese Arbeit nicht unüberwindliche Probleme entstehen zu lassen³⁾, konnte fast ausschließlich auf die jüngsten zur Verfügung stehenden Texte der Strafprozeßordnungen abgestellt werden, mit gelegentlichen Hinweisen auf die Organisationsgesetze (GOG, GVG). Die durch einen föderativen Staatsaufbau geschützte kulturelle, wirtschaftliche und politische Vielfalt der Kantone hat sich in individuellen Gerichts- und Behördenorganisationen niedergeschlagen, die wiederum darauf abgestimmte Verfahrensordnungen hervorriefen.⁴⁾ Diese Vielfalt wird durch Art. 64^{bis} der Bundesverfassung vom 29.5.1874 garantiert. Die verfassungsmäßigen Vorbehalte zugunsten einer Rechtspflege des Bundes⁵⁾ sind, was die zivile Strafgerichtsbarkeit angeht, von geringer praktischer Bedeutung, da der Bund im wesentlichen nur politisches Strafrecht zu beurteilen und über die Einheitlichkeit der Rechtsprechung auf dem Gebiete des materiellen Strafrechts zu wachen hat. Soweit nicht diese Vorbehalte eingreifen, ist die Verfolgung und Aburteilung strafbarer Handlungen Sache der Kantone.⁶⁾ Natürlicherweise liegt deshalb auch das Schwergewicht der folgenden Untersuchung auf dem kantonalen Recht, da nur dieses von der Aufgabe her vergleichbar ist mit dem deutschen Strafprozeßrecht.

2) Vgl. die Übersicht bei Hauser, Lehrbuch S. 11 ff.

3) Der Betrachter des schweizerischen Strafprozeßrechts steht ständig vor dem Problem, daß eine nur annähernd vollständige Quellensammlung nicht existiert und mit vertretbarem Aufwand auch kaum zu schaffen wäre, zumal die Quellen einem laufenden Wandel unterliegen. Vgl. Hauser, aaO S. 12; Schubarth, Rechte des Beschuldigten S. 28.

4) Hauser, aaO S. 38; die Lösungsvielfalt und Lösungsfreiheit hat in der Regel nicht zu eigenständigen Kodifikationen geführt, sondern oft zu unsystematischen Anleihen bei anderen Kantonen oder beim benachbarten Ausland.

5) Art. 20, 106, 112 und 114 der Bundesverfassung iVm. Art. 341 des schweizerischen Strafgesetzbuches und Art. 2 und 6 des schweizerischen Militärstrafgesetzbuches.

6) Art. 343 StrGB; siehe auch den Überblick bei Hauser, aaO S. 30 ff.

Da die organisatorischen Besonderheiten in einzelnen Kantonen sich nicht notwendig auswirken auf die gesetzliche Ausgestaltung des Beweisrechts in der Hauptverhandlung, jedoch von Bedeutung sein können für die Struktur des Vorverfahrens, wird im Rahmen dieser Vorbemerkung noch kurz auf die Wechselwirkung zwischen dem Beweisrecht der Hauptverhandlung und der Struktur des Vorverfahrens einzugehen sein.⁷⁾

Eine der grundsätzlichen organisatorischen Besonderheiten des schweizerischen Prozeßrechts ist die traditionsreiche und bewährte Laienbeteiligung. Darauf ist hier kurz einzugehen, weil sich die Gelegenheit zur Darstellung dieses Phänomens im Verlauf der Arbeit aus thematischen Gründen nicht mehr bietet.⁸⁾

Die geringe Größe mancher Kantone und natürlich fiskalische Erwägungen bedingten schon stets ein ausgeprägtes Laienrichtertum, dessen Mitglieder - in einer direkten Demokratie konsequent - von den Kantonsbürgern oder demokratischen Wahlgremien gewählt werden. Bern ist einer der wenigen Kantone, die als fachliche Voraussetzung für die Wählbarkeit ein abgeschlossenes juristisches Studium oder ein Anwaltspatent verlangen.⁹⁾ Die Laienbeteiligung kommt in folgenden Formen vor¹⁰⁾:

- Vorwiegend in ländlichen Gebieten der Ostschweiz tritt als Einzelrichter der Laienberufsrichter auf, dem bei der Abfassung der Urteile ein juristisch gebildeter Gerichtsschreiber zur Seite steht.
- In den Bezirks- bzw. Kantonsgerichten von Bern, Freiburg, Solothurn, beiden Basel und Wallis amtieren die Laienberufsrichter unter einem Juristen als Gerichtspräsidenten.

7) S.u. Vorbem. Ziff. 5.

8) Siehe aber unten S. 110 ff. und 199.

9) Art. 59 der Kantonsverfassung; im übrigen sind gerade in den Ballungsgebieten die Gerichte de facto stets mit Juristen besetzt.

10) Vgl. im einzelnen Hauser, aaO S. 48 f.

-- Schließlich die auch in Deutschland geläufige¹¹⁾
Erscheinung des nichtständigen Richters (Schöffren)
in den Schöffren- oder Geschworenengerichten.

Inwieweit das starke Laienelement im schweizerischen Strafprozeß Auswirkungen hat auf die Ausgestaltung des Beweisverfahrens in der Hauptverhandlung und damit die Durchführung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, bedarf noch der näheren - vor allem empirischen - Untersuchung. Anhaltspunkte könnte man in einer für Deutschland vergleichbaren Form der Behandlung des Schöffrenelements erblicken. Historisch gesehen war die unmittelbare Laienbeteiligung als gute Voraussetzung für das angestrebte mündliche und unmittelbare Beweisverfahren betrachtet worden, dessen Eindringlichkeit den traditionellen Aufgaben des Laienrichtertums¹²⁾ entgegenkam. Die unaufhaltsame Anpassung des Strafprozesses an immer kompliziertere Sachverhalte erhöhte jedoch in einer Weise die fachlichen und persönlichen Anforderungen an den Richter, daß mit Recht - auch in der Schweiz - Zweifel aufkommen, ob der Laienrichter hier nicht durch ein unmittelbares Beweisverfahren überfordert ist, das die Vorbereitung des Prozesses anhand der Akten weitgehend ausschließt.¹³⁾ Möglicherweise schlagen diese Bedenken - unausgesprochen - auch außerhalb des Geschworenengerichts durch. Indiz dafür könnten - wie im folgenden ausführlich gezeigt wird - die vergleichsweise weitgehenden Möglichkeiten sein, im schweizerischen Strafprozeß die Akten des Vorverfahrens direkt zu verwerten oder sie zumindest allen Richtern zur Vorbereitung zu überlassen.

4. Die gewählte Methode des direkten Normenvergleichs bedarf eines Wortes der Rechtfertigung.

Die in Einzelfragen der Unmittelbarkeitsproblematik keineswegs eindeutige gesetzliche Regelung der deutschen StPO ist heute durch höchstrichterliche Rechtsprechung und Lehre zu einem geschlossenen System vervollkommen worden. Ein solches System fehlt in der Schweiz aus mehreren Gründen. Infolge der kantonalen Gerichtshoheit haben wir es vielfach

11) Zur Bedeutung und Funktion des Laienrichters in beiden Ländern vgl. Jescheck, Laienrichter, FSchr.f.Schultz S. 229 ff.

12) Dazu Rüping, Laienrichter, JR 1976, 272 ff.

13) So Hauser, Geschworenengericht, FSchr.f.Schultz S. 284 ff.

mit Rechtsgebieten so geringer Größe zu tun, daß allein aus finanziellen Gründen die Entwicklung detaillierter Gesetze bzw. richtungsweisender Rechtsprechung nicht zu erwarten ist. Folgerichtig ist gerade bei der Gestaltung der Hauptverhandlung der richterliche Handlungsspielraum größer als in Deutschland. Dies gilt für die kleinen und Flächenkantone mehr, für die großen und volkreichen Kantone und Ballungsgebiete weniger. Eine kontinuierliche und repräsentative Veröffentlichungspraxis finden wir nur in wenigen Kantonen, so daß als zunächst zuverlässigster Einstieg in die schweizerischen Verhältnisse die Gesetzestexte heranzuziehen waren.

Von einer Beschränkung der Untersuchung auf wenige - ergiebige - Kantone wurde entgegen ersten Plänen abgesehen.¹⁴⁾ Die Lösungsvielfalt ist im Detail so beeindruckend, daß jede Auswahl die Gefahr von Verzerrungen und nicht beabsichtigten Gewichtungen in sich tragen müßte. So wird versucht, nach Möglichkeit einen Überblick über alle Prozeßordnungen zu geben, was natürlich zu einer Straffung der Darstellung führen muß. Zu wichtigen Einzelfragen fehlten einfach Schrifttum und Judikatur, so daß im Vergleich zum deutschen Teil ein gewisses Vakuum entsteht. Dies durch eigene Wertung und Interpretation zu füllen, wurde vereinzelt und behutsam versucht, vor allem weil eine zuverlässige Rückversicherung anhand empirischer Erhebungen mit Rücksicht auf einen vertretbaren Umfang der Arbeit - abgesehen vom Zeitaufwand - nicht möglich waren. Die Rechtspraxis in der Schweiz ist selbst für schweizerische Sachkenner in ihrer Vielfalt unüberschaubar. Relativ weite Gesetzesfassungen erlauben unter anderem, Normen nicht oder nach dem Ermessen des Richters anzuwenden.

Es besteht deshalb Veranlassung, die im Einzelfall aufgezeigten Ergebnisse stets unter dem Vorbehalt zu sehen, daß bisweilen die Rechtspraxis den gesetzlichen Leitbildern

14) Reizvoll wäre es sicher gewesen, nach den Auswahlkriterien von Krumpelmann, Strafgerichtsbarkeit S. 194 (2) vorzugehen. Gerade auf dem Gebiet des Strafprozesses ist jedoch ein solcher Wandel zu beobachten, daß starre Systematisierungsgesichtspunkte rasch ihre Gültigkeit verlieren.

nicht folgt bzw. zugelassene Ausnahmen zur Regel macht. Das schmälert den Wert der folgenden Untersuchung keineswegs. Die Gestaltung des Strafprozesses, speziell der Hauptverhandlung, hat rechtsstaatlichen Grundsätzen zufolge stets auszugehen vom Wortlaut des Gesetzes (Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Justiz). Das Gesetz hat stets die Basis für eine vergleichende Betrachtung und Darstellung zu sein, zumal sich gerade der schweizerische Strafprozeß mangels anderer Quellen nur auf diese Weise darstellen und erschließen läßt.

Trotz gewisser Systematisierungsversuche erwies sich stellenweise eine recht breite Rechtsdarstellung als unvermeidlich. So ist z.B. die Ausführlichkeit der Darstellung im Bereich der mit dem Unmittelbarkeitsprinzip verwandten Prozeßmaximen¹⁵⁾ von der Konzeption der Arbeit her nicht zwingend, läßt sich jedoch rechtfertigen, weil nur die Kenntnis all der vielfältigen Lösungen auch in den Randbereichen der Unmittelbarkeit das Verständnis von dem am Zweckmäßigkeitsgedanken orientierten schweizerischen Strafprozeß ermöglicht.

5. Es ist vorrangige Aufgabe dieser Untersuchung, die mannigfachen Aussagen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes für das Recht der Hauptverhandlung zu ergründen. Es ergeben sich jedoch auf Schritt und Tritt Querbeziehungen zum Recht des Vorverfahrens, da bei der Beschäftigung mit dem deutschen und mit insgesamt 27 schweizerischen Strafprozeßrechten immer wieder die Frage nach dem Zweck des Vorverfahrens und seinem Einfluß auf die Urteilsfindung beantwortet werden muß.

In Deutschland weist die ganz dem Unmittelbarkeitsprinzip verpflichtete Hauptverhandlung dem vorbereitenden Verfahren allein die Funktion zu, die Beweise und Tatsachen zu sammeln zur Vorbereitung der Entscheidung, ob Anklage zu erheben oder das Verfahren einzustellen sei. Nur in Ausnahmefällen findet zur Verhütung von Beweisverlusten bereits eine Beweiserhebung statt.

15) Vgl. unten HAUPTTEIL A I

Das Schwergewicht der Wahrheitsfindung liegt also eindeutig in der Hauptverhandlung.

Anders in der Mehrzahl der schweizerischen Prozeßrechte, die eine unmittelbare Abnahme der Beweise durch den erkennenden Richter in der Hauptverhandlung lediglich vorsehen, nicht aber vorschreiben. Korrespondierend hierzu¹⁶⁾ wird auch die Zweckbestimmung des Vorverfahrens ausgeweitet sein.

Dieses Vorverfahren ist durchweg in der gesetzlichen Regelung aufgeteilt in Ermittlungsverfahren und Voruntersuchung, wobei letztere entweder von der Staatsanwaltschaft, einem Untersuchungsrichter, oder von einer besonderen¹⁷⁾ Verwaltungsbehörde (Verhöramt, Bezirksamt, Amtsstatthalter) geführt wird. Diese Aufgliederung baut auf traditionsreichen Organisationsstrukturen auf, die zurückgehen auf die vorrevolutionären Verhältnisse nach 1814.¹⁸⁾ Die Einrichtung von Staatsanwaltschaften und Untersuchungsbehörden als Hüter des Gesetzes und Gegengewicht zum erkennenden Gericht war organisatorischer Schwerpunkt bei der Abkehr vom Inquisitionsverfahren. Während Funktion und Bedeutung des Untersuchungsverfahrens sich festigten, verblieb es weitgehend bei der hergebrachten Struktur der Hauptverhandlung.¹⁹⁾

16) Zu dieser Wechselbeziehung von Vor- und Hauptverfahren vgl. Waiblinger, Vereinheitlichung, ZStrR 67, 217 (222); Noll, Strafprozeßrecht S. 86. - Während Noll, aaO den Zweck der Voruntersuchung in Abhängigkeit vom Grad der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung definiert, begegnet man auch der umgekehrten Verknüpfung: Gegenüber Kritikern des mittelbaren Hauptverfahrens wird häufig darauf verwiesen, daß man ja eine gründliche, zeitlich tatnahe und kompetente Voruntersuchung habe, weshalb die Wiederholung unmittelbarer Beweisaufnahmen in der Hauptverhandlung unnütz sei, zumindest nicht zu besseren Ergebnissen führe. - Vgl. unten S. 85.

17) Vielfach waren den Ordnungsbehörden die Untersuchungen als zusätzliche Aufgaben übertragen. Dies hat ausschließlich finanzielle Gründe. Auch heute noch gibt es Beispiele dafür (etwa Schwyz).

18) Vgl. unten S. 12.

19) Eine gleichzeitige Ausrichtung des Hauptverhandlungsverfahrens nach den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit hätte nur mit erheblicher ... Forts.S. XXXV

Die Dominanz der so geschaffenen Untersuchungsinstanzen gegenüber der gerichtlichen Hauptverhandlung wird fortwährend damit gerechtfertigt, daß eine gründliche, kompetente und "unmittelbare" Untersuchung des Sachverhalts die erneute Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung entbehrlich mache. So erklärt sich in der Schweiz das Vorherrschen eines mittelbaren Beweisverfahrens in der Hauptverhandlung auch und gerade mit gerichtsorganisatorischen Gründen.

In Deutschland zeigt sich die Wechselbeziehung zwischen Untersuchung und Hauptverhandlung daran, daß wegen der ausgebauten Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens in der Hauptverhandlung das Vorverfahren materiell und organisatorisch gestraft werden konnte, z.B. durch die Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung.

Die isolierte Betrachtung und Bewertung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit im Recht der Hauptverhandlung kann in der Schweiz zu unvollständigen Ergebnissen führen, wenn sie nicht begleitet ist von der genauen Kenntnis des Vorverfahrens. Diese Gesamtschau war jedoch im Rahmen dieser Untersuchung nicht zu leisten, da Struktur und Bedeutung des Vorverfahrens in den einzelnen Strafprozeßrechten nur mit einem hier nicht vertretbaren Aufwand darzustellen wären.²⁰⁾

Es muß daher bei diesen wenigen Hinweisen vorab bewenden.

Forts. FN 19): und organisatorischer Ausweitung der erkennen- den Gerichte erreicht werden können. Fiskalische Bedenken standen dem damals und stehen noch heute entgegen, denn die Finanzkraft vor allem der kleinen und ländlichen Kantone ist naturgemäß gering. - Vgl. auch unten S. 200 ff.

20) Im Bereich des Vorverfahrens ist die Rechtsvielfalt materiell und organisatorisch noch unübersichtlicher als im Bereich der Hauptverhandlung. Eine Gesamtdarstellung des schweizerischen Vorverfahrens fehlt (noch). Vgl. weiterführend Schubarth, Rechte des Beschuldigten S. 234 ff; Clerc, Initiation S. 63 ff, 150 ff; Hauser, Kurzlehrbuch S. 188 ff.

Auch mußte sich der Verfasser aus diesem Grunde einen wertenden Vergleich von Qualität und Rechtsgarantien des Beweisrechts der Hauptverhandlung in Deutschland und in der Schweiz versagen.²¹⁾

6. Die folgende Untersuchung, die jeweils überschaubare Themenbereiche für beide Länder direkt gegenüberstellt, ist in vier Hauptabschnitte gegliedert:

a) In der EINFÜHRUNG wird zunächst ein kurzer Abriss der historischen Entwicklung des Rechts der Hauptverhandlung gegeben. Dabei soll aufgezeigt werden, mit welcher Intensität jeweils der Bogen vom inquisitorischen Aktenprozeß zum modernen Anklageprozeß geschlagen wurde. Es schließt sich an eine begriffliche Vorklärung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, wobei für die Schweiz auch die Frage gestellt wird, inwieweit sich die in diesen Vorbemerkungen bereits erwähnten Besonderheiten in einem eigenen wissenschaftlichen Unmittelbarkeitsbegriff niedergeschlagen haben. Die hier gewonnenen Ergebnisse werden später, in den beiden Hauptteilen, begrifflich noch eingeeengt.

b) Der HAUPTTEIL A ist den Fragen der formellen Unmittelbarkeit gewidmet, die zurückgehen auf die historischen Anfänge der Auseinandersetzung um Mündlichkeit, Öffentlichkeit und Unmittelbarkeit. Im zweiten Teil dieses Abschnitts wird die gesetzliche Regelung und die praktische Bedeutung des Grundsatzes der (formellen) Unmittelbarkeit untersucht. Um die hier gefundenen Ergebnisse werten und

²¹⁾ An einigen Stellen konnte kurz auf die Bemühungen hingewiesen werden, ähnlich dem zürcherischen Beispiel der Voruntersuchung kontradiktorischen und parteiöffentlichen Charakter zu geben. Überwiegend wird dies als tauglicher Ausgleich für die fehlende Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung angesehen. Vgl. Hauser, Teilnahme der Parteien SJZ 1975, 341 ff; ferner unten S. 201.

einordnen zu können, wurde versucht, vorab das System der wichtigsten Prozeßmaximen darzustellen, die sich in Randbereichen immer wieder mit den Problemen der Unmittelbarkeit berühren. Dieser Teil der Arbeit beinhaltet im schweizerischen Teil eine umfangreiche Quellenforschung, die über den eigentlichen thematischen Zusammenhang hinaus beitragen soll zu einem besseren Verständnis des schweizerischen Strafprozesses.

c) Mit der "materiellen" Unmittelbarkeit, speziell mit den Problemen des Hörensagenbeweises im weiteren Sinne, beschäftigt sich der HAUPTTEIL B. Die Untergliederungen gehen zurück auf die jüngst veröffentlichte Habilitationsschrift Gepperts²²⁾, dem das Verdienst zukommt, in diesen seit langem kontroversen Fragen methodisch und begrifflich Klarheit geschaffen zu haben. Die Aussagen zum schweizerischen Recht haben hier größtenteils Neuland betreten. Infolge der Rechtszersplitterung ist das Gewicht der einzelkantonalen wissenschaftlichen Diskussion regelmäßig gering, so daß der Verfasser auf die Auslegung der Gesetzesquellen und der nur in geringem Umfang veröffentlichten Rechtsprechung angewiesen war. Da die kantonale Praxis bisweilen aus Gründen der Zweckmäßigkeit vom Leitbild des Gesetzes abweicht und das zur Verfügung stehende Rechtsprechungsmaterial in keiner Weise repräsentativ war, sollten die aufgezeigten Ergebnisse mit Vorsicht und vorbehaltlich einer empirischen Nachprüfung gewürdigt werden.

d) In der SCHLUSSBETRACHTUNG schließlich werden die gefundenen Ergebnisse beider Länder in knapper Gegenüberstellung charakterisiert und gewertet. Vorangestellt ist ein Abschnitt, der anhand von schweizerischen Gesetzesmaterialien die Argumente aufzuzeigen versucht, die für eine mehr oder weniger starke Durchführung des Prinzips der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung streiten.

22) Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, Berlin 1979, spez. S. 162 ff.

E I N F Ü H R U N G

I -- Historische Grundlagen --

a) Deutsches Recht

1. Das thematische Umfeld dieser Arbeit umfaßt, wie unter II zu erläutern sein wird, die Bereiche des Strafverfahrens, die sich mit dem eigentlichen Vorgang der richterlichen Erkenntnisbildung befassen. Die Frage, wie und nach welchen Grundsätzen nimmt der Richter Kenntnis von dem zur Entscheidung gestellten Sachverhalt, lokalisieren wir heute im Abschnitt "Beweisaufnahme" des gerichtlichen Verfahrens.

Im Rahmen eines historischen Überblicks mögen die rechtsgeschichtlichen Perioden außer Acht gelassen werden, die von einem formalen Beweisverfahren, von Gottesurteil und Eideshelfern beherrscht waren.¹⁾

Unser Interesse beginnt erst dort einzusetzen, wo wir es mit den differenzierteren Formen des gerichtlichen Erkenntnisvorganges zu tun bekommen, wie sie in den vielfältigen Strukturen des Inquisitionsprozesses auftauchen. Hier finden wir in dem Geständnis des Angeschuldigten das beherrschende Erkenntnismittel des Richters, zu dessen Erlangung andere Beweismittel wie Zeugen und Indizien in der Regel nur Hilfsdienste leisteten. War in der Befragung des Angeschuldigten ein Geständnis mit den genannten Mitteln nicht zu erreichen,

- 1) Zum Beweisverfahren des altgermanischen Rechtsganges vgl. Eb. Schmidt, Geschichte S. 39 f; ebenfalls einer eher formellen Wahrheit verpflichtet war die mittelalterliche Beweisform des "Übersiebnens", dazu Eb. Schmidt aaO S. 83; Zachariae, Handbuch S. 130 f FN 20. Gemeinsam haben diese Perioden immerhin, daß alle wesentlichen Verfahrensabschnitte im Angesicht des zur Urteilsfindung berufenen Gerichts stattfanden.

so kam es zum Einsatz der Folter.

Das hier erwirkte Geständnis konnte dann zur Grundlage des Urteils werden, das in dem anschließenden sog. "endlichen Rechtstage" öffentlich und ohne weitere Erhebungen gefällt wurde. Voraussetzung war allerdings, daß der Angeschuldigte das Geständnis ("Vergicht") vor Gericht bestätigte. Tat er das nicht, mußte in der Regel die Prozedur (Tortur und Frage nach Bestätigung des Geständnisses) wiederholt werden. Der nach mehrmaliger Tortur standhaft leugnende Angeschuldigte hatte lediglich eine theoretische²⁾ Chance freizukommen. In der Praxis hatte es sich bald durchgesetzt, das Leugnen des Angeschuldigten durch das Zeugnis zweier Verhörschöffen zu überwinden, die vor dem "endlichen Rechtstag" auf ihren Eid nahmen, der Angeschuldigte habe in ihrem Beisein ein Geständnis abgelegt. Das war eine genügende Tatsachengrundlage für die sofortige Schuldigsprechung und die sich in der Regel bald anschließende Exekution des Täters.

Wenngleich wir in diesem Verfahren tendenziell bereits Beweismittel materieller Wahrheitsfindung vorfinden (Geständnis, Zeugen, Augenschein), so liegt doch der Schwerpunkt des Verfahrens unverkennbar in der geheimen Untersuchung. Der eigentliche öffentliche Gerichtstag hatte lediglich eine rituelle Akklamationsfunktion für den in der Untersuchung bereits beschlossenen Schuldspruch.

2. Die Epoche der Rezeption des römisch-kanonischen Rechts im germanischen Rechtskreis wurde wirksam eingeleitet durch die beiden bahnbrechenden Kodifikationen der Bambergschen Halsgerichtsordnung (CCB)³⁾ und

2) Vgl. die bei Eb. Schmidt aaO S. 100 zitierten Quellen.

3) 1507

der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V (CCC). 4) 5)

Die gesetzliche Regelung des Prozesses richterlicher Erkenntnisbildung sah eine mündliche Verhandlung, die richterliche Einvernahme von Zeugen, sowie die richterliche Einnahme des Augenscheins vor. Sie wies also alle Merkmale einer unmittelbaren Wahrnehmung von Angeschuldigtem und Beweismitteln durch das erkennende Gericht auf.

Daß die Praxis dieses gesetzliche Leitbild in sein Gegenteil verkehren konnte, lag an einer Vielzahl von Ausnahmbestimmungen. Das in sich stark zergliederte Verfahren konnte schon aus Zeitgründen nicht in allen Einzelakten vor dem vollständig besetzten Gericht bewältigt werden. So war es zugelassen, daß lediglich ein Teil der Richter der Beweisaufnahme beiwohnte, die anderen mithin von deren Ergebnissen nur vermittels der Akten Kenntnis erlangten. Zulässig war es ferner ⁶⁾, daß Zeugenbeweise durch rechtskundige Verhörskommissare, die nicht dem Gericht angehörten, vollständig erhoben wurden. ⁷⁾ Durch zahlreiche Vorschriften ⁸⁾ war sichergestellt, daß die Ergebnisse und Umstände dieser Anhörungen möglichst präzise zu Protokoll gebracht wurden, um solchermaßen in den Akten festgehalten zur Urteilsgrundlage für die erkennenden Richter zu werden. ⁹⁾

4) 1532

- 5) Die wegweisende Kraft dieser Werke für die deutsche Strafrechtsgeschichte dürfte nicht zuletzt dem Umstand zu verdanken sein, daß beide Werke aus der Feder eines einzelnen Mannes, Nichtjurist dazu, stammen: Freiherr Johann von Schwarzenberg und Hohenlandsberg. Diese für den deutschen Rechtskreis seltene Gesetzgebungstechnik bewirkte eine bemerkenswerte sprachliche und gedankliche Geschlossenheit.

Die praktische Anwendung der CCC stand allerdings zunächst im Schatten der Subsidiaritätsklausel am Schluß des Werks, wonach die althergebrachten Rechtsbräuche des Landesrechts ihre Bedeutung auch gegenüber den Regeln der CCC behalten sollten, vgl. Glaser Handbuch I S. 83.

6) Art. 72 CCC

7) Zachariae, Gebrechen S. 80

8) Z.B. Art. 46 ff, 53, 58, 71 CCC (Gebärdenprotokoll)

9) Vgl. auch Art. 189 CCC

Eine bedeutsamere Einschränkung der prinzipiell unmittelbaren richterlichen Erkenntnisbildung ergab sich indessen aus der Verpflichtung, in allen Zweifelsfällen rechtsgelehrten Rat einzuholen.¹⁰⁾

Das geschah durch das Institut der Aktenversendung¹¹⁾ :

Die mit sorgfältigen Protokollen versehenen Prozeßakten wurden an rechtskundige Institutionen¹²⁾ geschickt, die auf der Grundlage des Akteninhalts ein Gutachten verfaßten.

Dieses wurde regelmäßig vom "erkennenden" Gericht als Urteil verkündet.¹³⁾ Da aber die Verhandlung nicht Urteilsgrundlage war und die eigentliche Entscheidung vom rechtsgelehrten Kollegium ausschließlich auf der Basis der Akten getroffen wurde, waren Schriftlichkeit und Mittelbarkeit die verfahrensbeherrschenden Merkmale.

3. Die Entwicklung des gemeinen Strafprozesses in der Folgezeit wurde dadurch geprägt, daß die erstarkenden Partikularmächte sich zunehmend des von der CCC nur beiläufig¹⁴⁾ vorgesehenen Inquisitionsverfahren bedienten.¹⁵⁾ Der juristisch gebildete Inquirent war untersuchender und erkennender Richter, Ankläger und Verteidiger in einer Person. Prinzipiell wäre auch hier, wie im Anklageprozeß der Carolina, ein mündliches Verfahren mit unmittelbarer richterlicher Tatsachenerschließung möglich gewesen.¹⁶⁾ Der Richter war jedoch wiederum in die Verpflichtung eingebunden, zu dem von ihm gefundenen und präzisiert in den Akten festgehaltenen Untersuchungsergebnis den Rat einer besonderen Spruchbehörde¹⁷⁾ einzuholen.

10) In der Vorrede zur CCC wird ausdrücklich eingeräumt, daß die meist mit Laien besetzten Gerichte keine Kenntnisse des neuen kaiserlichen Rechts hatten.

11) Art. 219 CCC

12) Oberhöfe, Landesherrliche Obrigkeiten, Juristenfakultäten und Schöppenstühle, vgl. Eb. Schmidt, aaO S. 135

13) Art. 93 CCC

14) Art. 6 - 10 CCC

15) Es war rechtspolitisch leicht zu handhaben; ein Grund mag auch gewesen sein, daß der den Anklageprozeß in Gang bringende Geschädigte einer strengen Haftung unterworfen war für den Fall, daß der Schuldbeweis nicht gelingen sollte. Vgl. Eb. Schmidt aaO S. 126

16) Vgl. Zachariae, Gebrechen S. 48, 61, 157

17) Vgl. Eb. Schmidt, aaO S. 135; ders., LK I RN 427; Mittermaier, Strafverfahren S. 190 f

Diese befand entweder auf die Notwendigkeit ergänzender Untersuchungen, die Einleitung der Folter, oder sie schlug bereits ein fertiges Endurteil vor. Da es somit eine eigentliche Entscheidungskompetenz des Richters nicht gab, waren Urteilsgrundlage allein die Prozeßakten.¹⁸⁾ Hintergrund dieses Systems war offenbar das Bestreben, auch im inquisitorischen Verfahren eine Trennung von untersuchendem und entscheidendem Richter zu erreichen.¹⁹⁾

Indem die Akten zur Urteilsgrundlage wurden, erhielten sie eine prozeßentscheidende Bedeutung, der man dadurch zu entsprechen suchte, daß der Inquirent gehalten war, Verlauf und Inhalt der Untersuchung minutiös festzuhalten.²⁰⁾

Das Spruchkollegium war allerdings nicht verpflichtet, diese Akten auch zu lesen, bevor es Tat und Täter beurteilte. Die durchweg umfangreichen Akten wurden vielmehr einem Berichterstatter ausgehändigt, dessen Aufgabe es war, einen zusammenfassenden Bericht²¹⁾ mit rechtlicher Würdigung und Urteilsvorschlag zu erstellen. Nach Anhörung dieses Berichts schließlich fällte das Kollegium das Urteil.

Diese Verfahrensstruktur, beherrscht von einer zweifachen Vermittlung der Urteilsgrundlagen, von Schriftlichkeit und Mittelbarkeit, findet sich im deutschen Strafprozeß unangefochten bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts.

4. Der sog. "reformierte" Strafprozeß des 19. Jahrhunderts²²⁾ in seinen in den jeweiligen Ländern unterschiedlichen Ausprägungen entstand aus wissenschaftlichen wie aus politischen Anstößen.

18) Daher der kennzeichnende Satz : quod non est in actis non est in mundo.

19) Zachariae, Gebrechen S. 157

20) Z.B. war vorher ein Fragenkatalog aufzustellen, der den Angeschuldigten und Zeugen vorzulegen war; vgl. Eb.Schmidt Geschichte S. 197; ferner wurden - als Ersatz für den fehlenden persönlichen Eindruck der erkennenden Richter- Gebärdenprotokolle aufgenommen. Vgl. dazu Zachariae, Gebrechen S. 163 f, der diesen zweifellos zwiespältigen Versuch, die Akten zu einer zuverlässigen Urteilsgrundlage zu machen, kritisierte,aaO S. 164 f; siehe auch Leue, Anklageprozeß S. 97 ff.

21) Die sog. Relation

22) Bis zum Erlaß der RStPO von 1877

Die wissenschaftliche Diskussion wurde wohl eingeleitet durch Feuerbachs berühmte Schrift " über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege".²³⁾ Parallel laufende Reformen des materiellen Strafrechts brachten eine Erweiterung des richterlichen Ermessens hinsichtlich der Strafdrohung und damit die Notwendigkeit, Person und Tat des Angeklagten aus eigener Anschauung zu beurteilen.²⁴⁾ " Mündlichkeit " war nicht so sehr Ausdruck einer bestimmten für wünschenswert gehaltenen Form ²⁵⁾, sondern eher schon ein materielles Erkenntnisprinzip, das auf der Erkenntnis aufbaute, im Interesse der Wahrheitsfindung sei eine unmittelbare Kontaktnahme des Gerichts mit dem Angeklagten und den Beweismitteln unerlässlich.

Die politischen Verhältnisse erzwangen zudem eine Auseinandersetzung mit den Prinzipien des französischen CIC von 1808, der in den ehemals von Napoleon besetzten deutschen Rheinprovinzen fortgalt. ²⁶⁾ Das führte in der Tendenz zu einer Verlagerung des Schwerpunktes des Strafverfahrens: Prinzipiell sollte Urteilsgrundlage die mündliche Hauptverhandlung sein und weniger das schriftliche Vorverfahren.

Die Praxis dieser Reformbestrebungen fiel recht unterschiedlich aus, was am Beispiel ²⁷⁾ Preußens und Badens kurz gezeigt werden möge.

23) 1821; gleichzeitig wurde die bereits früher entstandene Arbeit Mittermaiers über die "Theorie des Beweises im peinlichen Prozeß nach den gemeinen positiven Gesetzen und den Bestimmungen der französischen Kriminalgesetzgebung" veröffentlicht; wegweisend dann später Mittermaier, " Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht " (1845) und Zachariae " Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens " (1846)

24) Mittermaier, Mündlichkeit S. 11

25) Wie etwa die entwicklungsgeschichtlich parallel laufende Bewegung zur Öffentlichkeit hin.

26) Von einem Verfahrensdualismus auf ihrem Hoheitsgebiet betroffen waren: Preußen, Bayern, Hessen-Nassau, Hessen-Darmstadt und Hessen-Homburg.

27) Im übrigen vgl. Planck, Strafverfahren, S. VIII ff

In P r e u ß e n wurde mit dem " Ersten Entwurf von 1828 " 28) an das bekannte im wesentlichen unveränderte Inquisitionsverfahren eine mündliche Schlußverhandlung angefügt 29), die der persönlichen Abhörung und Begutachtung der Beweismittel dienen sollte. Bedeutung hätte diese Verhandlung allerdings nicht gehabt, denn es stand dem Vorsitzenden frei, frühere Einlassungen, insbesondere ein Geständnis des Angeklagten, verlesen zu lassen, ebenso wie er nach § 443 III auf die erneute Ladung und Einvernahme von Zeugen verzichten konnte, wenn dies " unmöglich oder mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft " war.

Auch nach dem Entwurf von 1828/29 30) stand die Produzierung sämtlicher Beweismittel in der mündlichen Schlußverhandlung im weiten Ermessen des Vorsitzenden.

Ein weiterer Entwurf von 1841 31) schlug darüberhinaus die nochmalige Vernehmung von Zeugen auf ausdrücklichen Antrag des Angeklagten oder seines Verteidigers vor.

Gesetz geworden 32) ist 1849 die Regelung, wonach entscheidungserhebliche Zeugen regelmäßig in der Schlußverhandlung zu vernehmen waren. Eine Protokollverlesung war nur bei Tod, Krankheit und ähnlichen unabwendbaren Hindernissen zugelassen. 33)

Ist in Preußen allmählich erst nach 1849 die Haupt- oder Schlußverhandlung zum Schwerpunkt des Strafverfahrens geworden, so war vergleichsweise fortschrittlich schon 1845 34) die b a d i s c h e Strafprozeßordnung.

28) Abgedruckt in : Materialia ad Pensum II Vol. 17 Fasc. 1 der Acta Generalia des Justiz-Ministeriums zur Revision der Gesetzgebung

29) § 444 des Entwurfs

30) Abgedruckt in : Materialia ad Pensum aaO Fasc. 4; hier : § 276

31) In : v. Kamptz, Revidierter Entwurf der Straf-Prozeß-Ordnung für die Preußischen Staaten nebst Motiven vom Jahre 1841, Bd. I und II, Berlin 1841; hier: § 317

32) Allerdings erst nach dem Anstoß durch Art. 178 der Reichsverfassung von 1848, der allgemein ein öffentliches und mündliches Gerichtsverfahren forderte.

33) §§ 21 und 25 der Verordnung vom 3.1.1849; abgedruckt in : Haeblerlin, Sammlung S. 230 f

34) Inkrafttreten nach einer zwischenzeitlichen Revision allerdings erst 1849

Hier war die entscheidende Betonung auf die mündliche Hauptverhandlung gelegt worden, die als wesentlichen Bestandteil die obligatorische Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht enthielt. ³⁵⁾

Beiden Prozeßordnungen gemeinsam war die Entscheidung für eine umfassende amtliche Aufklärungspflicht, was allerdings zu einem verstärkten Rückgriff auf Zeugen vom Hörensagen und Verhörspersonen ³⁶⁾ führen mußte. Man war überzeugt, den unbestreitbaren Gefahren dieser Praxis durch die Betonung der freien richterlichen Beweiswürdigung begegnen zu können.

5. Da die Verfahrensstruktur und der Grad der Verwirklichung des Unmittelbarkeitsprinzips in der RStPO von 1877 im folgenden 1. Hauptteil dieser Arbeit erläutert werden wird ³⁷⁾, mag an dieser Stelle lediglich kurz gezeigt werden, in welchen Bereichen die seitherigen Gesetzesänderungen das Unmittelbarkeitsprinzip neu gestaltet haben.

Eine erweiterte Verlesbarkeit früherer Protokolle ³⁸⁾ brachte die "Dritte Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege" ³⁹⁾. Aus offensichtlich kriegsbedingten Gründen ⁴⁰⁾ ist die Verlesbarkeit richterlicher Protokolle erleichtert worden; aufgegeben wurde die Beschränkung, daß im Falle bloß "relativer" Verhinderung des Zeugen ⁴¹⁾ das zu verlesende richterliche Protokoll parteiöffentlich zustandegekommen sein mußte. Schwerwiegender war allerdings, daß nunmehr auch der Rückgriff auf nicht richterliche Protokolle und Aufzeichnungen im Falle "absoluter" Verhinderung ⁴²⁾ gestattet war.

35) Vgl. §§ 230 ff, 241 II; abgedruckt bei Haerberlin aaO S. 355 ff

36) Auch die nicht-richterlichen

37) Diese Fassung gilt im wesentlichen bis zum heutigen Tage fort. Durch die Neubekanntmachung vom 22.3.1924 (RGBl I S. 322 ff) wurden die einschlägigen §§ 249 - 255 umbenannt in §§ 250 - 256.

38) § 251 StPO

39) Vom 29.5.1943, RGBl I S. 342 f

40) Vgl. Hanack Rechtsprechung JR 1971, 514

41) Z.B. große Entfernung, Unzumutbarkeit

42) Z.B. Tod, Geisteskrankheit

Diese ursprünglich kriegsbedingten Änderungen haben das Kriegsende überdauert und sind auch im Rechtsvereinheitlichungsgesetz von 1950⁴³⁾ beibehalten worden. Die Verlesbarkeit von Gutachten⁴⁴⁾ ist durch das "Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts"⁴⁵⁾ seit 1.1.1975 erweitert worden. Hiervon neu erfaßt sind Gutachten der gerichtsärztlichen Dienste, sowie Routinegutachten über Blutgruppe, Blutalkohol und die Auswertung von Fahrtenschreibern.

43) BGBI I S. 455

44) § 256 StPO

45) vom 11.12.1974 BGBI I S. 3393

b) Schweizerisches Recht

Ein Überblick über die historische Rechtsentwicklung des Unmittelbarkeitsprinzips im Gebiet der heutigen Schweiz kann im Rahmen dieser Arbeit nur denkbar kursorisch ausfallen. Die Rechtsvielfalt der eidgenössischen Orte und späteren Kantone setzte nicht erst mit der formellen "Befreiung und Immunität Helvetiens von der Gerichtsbarkeit des Reiches" ⁴⁶⁾ ein. Etwa auf das Jahr 1500 wird man den Zeitpunkt ansetzen können ⁴⁷⁾, von dem ab man von einer eigenen - wenn auch nicht unbedingt anderen - und unangefochtenen Rechtsentwicklung der Schweiz sprechen kann. Dieser politischen Entwicklung zufolge konnte die CCC unmittelbare Rechtswirkungen in der Schweiz nicht entfalten. Gleichwohl blieb die starke Wirkung dieses Gesetzes nicht aus: Die CCC galt in einigen Orten ⁴⁸⁾ subsidiär, in weiteren finden sich in den Quellen zumindest Hinweise, eine letzte Gruppe von Orten schließlich ist im wesentlichen unbeeinflusst geblieben.

1. Die Gestalt, besser: Vielgestalt des eidgenössischen Strafprozesses in der Zeit von 1500 bis zur Helvetik (1798) zu skizzieren soll hier nicht unternommen werden. Von Interesse erscheint aber ein kurzer Blick auf die Besonderheiten des schweizerischen Inquisitionsprozesses gegenüber dem gemeinrechtlichen Verfahren in Deutschland.

Ein wesentlicher Unterschied resultierte aus der fehlenden Rezeption fremden Rechts: Da die jeweiligen Inhaber der Gerichtsbarkeit ⁴⁹⁾ kein fremdes und unbekanntes "kaiserliches" Recht anzuwenden hatten, gab es das Institut der Aktenversendung nicht. Die Gerichte urteilten also selbst auf der Grundlage der Ergebnisse der Spezialinquisition, ohne an das Gutachten einer rechtsgelehrten Stelle gebunden zu sein.

46) 1648 im Westfälischen Frieden; vgl. Carlen, Rechtsgeschichte S. 30

47) Der Friede von Basel 1499 als Abschluß des Schwabenkrieges brachte eine faktische Anerkennung der Selbständigkeit der Eidgenossenschaft; vgl. Dürrenmatt, Schweizer Rechtsgeschichte S. 228

48) Vgl. hierzu und zum folgenden Carlen aaO S. 41, sowie A. Meier, Die Geltung der peinlichen Gerichtsordnung S. 1ff

49) Vgl. dazu Gutachten 1797 S. 95 - 113

Feste Regeln für den Erkenntnisprozeß gab es nicht. Nach Überlieferung und hergebrachter Übung⁵⁰⁾ betrieb man in den ländlichen Orten weithin eine Art Billigkeitsjustiz⁵¹⁾, während sich in den größeren Stadtrechten mit der Zeit gemeinrechtliche Elemente bemerkbar machten.

Die bereits mehrfach zitierte Quelle⁵²⁾ berichtet, daß die Akten zuerst vollständig verlesen wurden, woraufhin nach abgehaltener Umfrage das Urteil gefällt wurde. Später wurde das Verlesen durch den zusammenfassenden Bericht der Oberinquisitoren ersetzt. Eine Ausbreitung der Beweismittel vor dem Gericht fand nicht statt.⁵³⁾ In den Empfehlungen der Kommission wird sogar ausdrücklich abgeraten, den Erkenntnisvorgang des Richters unmittelbar zu gestalten, weil dies zeitlich und finanziell zu aufwendig sei. Andererseits wird auch abgeraten, den Laienrichtern Akteneinsicht zu geben, oder sie an Untersuchungen und Verhören ohne den korrigierenden⁵⁴⁾ Einfluß des Vorsitzenden teilnehmen zu lassen.

Die Verbesserungsvorschläge der Kommission lassen erkennen⁵⁵⁾ und belegen im übrigen, daß der schweizerische Strafprozeß des 18. Jahrhunderts im Grunde erst den Stand der CCC erreicht hatte.⁵⁶⁾

50) Gutachten S. 6

51) Carlen aaO S. 17; Gutachten S. 163 ff spricht von dem Inquisitor, der Ermittler, Ankläger, Verteidiger und Richter ist; erwähnt wird aber auch die totale Überlastung des Richters, der zugleich auch Ortsvorsteher und Verwaltungsbehörde ist.

52) Gutachten S. 128 ff; insoweit allerdings werden lediglich die Verhältnisse in Bern wiedergegeben; in den hier allein interessierenden Grundzügen dürfte das aber zumindest in den Städten allgemeine Geltung gehabt haben; im übrigen siehe FN 51.

53) Die Verfasser des Gutachtens S. 130 sehen in diesem erkannten Mangel die Ursache dafür, daß später die sog. Kriminalkommissionen geschaffen wurden, die vor der endgültigen Urteilsfällung die Qualität der Untersuchung überprüfen sollten.

54) Hieraus spricht die Besorgnis über die Unerfahrenheit und leichte Beeinflussbarkeit der Laien; vgl. Gutachten S. 170 f, 175.

55) Vgl. Gutachten S. 206 f, 210 f, 214 f

56) So Clerc, L'instruction préparatoire RSC 1951, 204; Pfenninger, Eidgenössisches Strafrecht und kantonales Strafrecht S. 1055, 1057.

2. Diese und ähnliche Reformversuche, deren Ausgangspunkt nicht selten das Bestreben ~~nach~~ Abschaffung der peinlichen Tortur war, konnten wegen der hereinbrechenden helvetischen Revolution⁵⁷⁾ keine allgemeine Wirkung mehr entfalten. Andererseits brachte diese Zeit wegweisende Neuerungen - u.a. die Abschaffung der Folter, die freie Beweiswürdigung und vor allem die mündliche Verhandlung -, die allerdings in der praktischen Anwendung zunächst zu erheblichen Unsicherheiten führten, weil Stellung und Befugnisse von Richtern und Geschworenen allzu schlagartig erweitert worden waren. Insgesamt zeigten sich rasch die Probleme, die ein kleines, erst in Ansätzen föderatives System mit einem Strafprozeßrecht⁵⁸⁾ haben mußte, das für einen großen Zentralstaat geschaffen war.

3. Am Anfang des Strafprozesses des 19. Jahrhunderts stand die Rückkehr zum vorrevolutionären inquisitorischen Beweisverfahren. Eine allmähliche Rückbesinnung auf frühere reformerische Grundlegungen finden wir in der Zeit der Restauration.⁶⁰⁾ Die aus dieser Zeit vorliegenden Entwürfe und Gesetze⁶¹⁾ bemühen sich im Grundsatz um die Einführung der freien Beweiswürdigung. Zeugenbeweis und Indizien werden zu zentralen Erkenntnisgrundlagen.

Allerdings zeigt sich ein deutliches Mißtrauen gegenüber dem Beweiswert des Indizienbeweises. Typisch dafür sind die Versuche, dem dogmatisch in der Regel ungeschulten Richter ein geschlossenes Beweissystem an die Hand zu geben, das ihm die Last und zum Teil auch die Verantwortung einer total freien Beweis-

57) 1798 - 1803; im Gefolge der revolutionären Vorgänge in Frankreich wurde ein helvetischer Einheitsstaat geschaffen, der in nahezu allen Belangen die gewachsenen kantonalen und eidgenössischen Traditionen mißachtete; näher hierzu Lüthi, Das Kriminalgerichtswesen der Helvetischen Republik im Jahre 1798, Bern 1931; sowie ders., Die Gesetzgebung der Helvetischen Republik über die Strafrechtspflege, Bern 1938

58) Inhaltlich glich es dem damaligen französischen Recht.

59) Die Zeit der sog. Mediation 1803 - 1813; vgl. zur staatsrechtlichen Struktur dieser Zeit Carlen aaO S. 91

60) Nach Napoleons Sturz ab 1813; vgl. Lüthi, Regenerationsbewegung und eidgenössische Strafrechtspflege, ZStrR 46, 61 ff.

61) Z.B. ZH 1803, 1806; BE 1842; LU 1827; GL 1837; FR 1842

würdigung abnahm.⁶²⁾

4. Das erste Bundesstrafprozeßgesetz war das Bundesgesetz betreffend das Verfahren bei Übertretungen fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze vom 30.6.1849. Es regelte ein summarisches und öffentliches Verfahren, bei dem der bestimrende Einfluß der vorgelegten Akten für das Urteil nur dann durchbrochen werden konnte, wenn der Beschuldigte schon im Ermittlungsverfahren die Richtigkeit der aufgenommenen Protokolle bestritt.⁶³⁾ Spätere Gesetze⁶⁴⁾ regelten sehr oberflächlich und zum Teil schon mit dem Hinweis auf eine notwendige spätere umfassende Kodifikation das Verfahren vor dem Geschworenengericht (Assisen), das natürlicherweise ein mündliches und unmittelbares Beweisverfahren vor dem erkennenden Gericht voraussetzte.

In der kantonalen Gesetzgebung bis 1910 verdient festgehalten zu werden die Schaffhauser StPO⁶⁵⁾, die in enger Anlehnung an die deutsche RStPO die Grundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit in einer Form verwirklichte, die bis heute in der Schweiz nicht erreicht ist.⁶⁶⁾ Zugleich aber enthält diese Kodifikation schon das charakteristische Merkmal aller heutigen kantonalen Strafprozeßgesetze, die Möglichkeit nämlich, aus Zweckmäßigkeitsgründen sich mit einer im Verfahren antizipierten Beweisaufnahme zufrieden zu geben. Um die gleiche Zeit etwa herrschte in den meisten Kantonen⁶⁷⁾ das "mittelbare" Hauptverfahren mit den Akten als Urteilsgrundlage vor.

62) Vgl. Hauser, Zeugenbeweis S. 13: Verurteilung durfte erfolgen aufgrund eines glaubwürdigen Geständnisses, aufgrund übereinstimmender Aussagen zweier Tatzeugen, aufgrund der Aussage eines Tatzeugen in Verbindung mit den Aussagen nicht vollgültiger Zeugen oder mit Indizien.

63) Brand, Eidgenössische Gerichtsbarkeit Bd. III S. 119

64) Bundesstrafrechtspflegegesetz vom 27.8.1851 und das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesstrafrechtspflege vom 22.3.1893

65) Vom 3.3.1909

66) Daß dies aus verschiedenen Gründen auch gar nicht angestrebt wird, soll im Verlauf der Untersuchung erläutert werden.

67) Z. B. NW, OW, SZ, UR, VA

Eine freigestellte Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht gab es in wenigen Kantonen⁶⁸⁾, eine Reihe von Kantonen schliesslich⁶⁹⁾ verwirklichte die Unmittelbarkeit lediglich vor dem Schwur- bzw. Geschworenengericht.⁷⁰⁾

Soweit nach den zur Verfügung stehenden Quellen der Werdegang der kantonalen Strafprozeßgesetzgebung nachvollzogen werden konnte⁷¹⁾, fallen folgende Tatsachen ins Auge :

a) Zug und Appenzell IRh. kommen bis 1940⁷²⁾ bzw. 1941⁷³⁾ ohne jede Gesamtkodifikation aus.⁷⁴⁾ Auf der Grundlage verschiedenster Rechtsquellen stützte man sich bis dahin auf ein inquisitorisch geprägtes Gewohnheitsrecht. Die neuen Strafprozeßordnungen führen das inzwischen vorherrschende System einer durch Zweckmäßigkeitserwägungen eingeschränkten Unmittelbarkeit ein.

b) Im Wallis findet nach der StPO von 1848 noch bis zur StPO vom 22.2.1962 ein weitgehend schriftliches Aktenverfahren statt.⁷⁵⁾

Im Thurgau war nach dem Gesetz von 1867 für korrektionele Fälle (Vergehen) eine ausschließlich auf der Grundlage der

68) Z.B. AR und GR

69) Z.B. AG, BE, FR, GE, NE, SO, TI, TG, VD, ZH

70) Vgl. Zürcher, Bemerkungen, Beilage III zum Entwurf einer Strafprozeßordnung für den Kanton Schaffhausen 1907, S. 172/ 173

71) Ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit

72) Erlaß der StPO am 3.10.1941

73) StPO vom 27.4.1941

74) Zur strafprozessualen Praxis in AI vgl. Weydmann in ZStrR 14, 277; Zug arbeitete mit weitverstreuten Rechtsquellen, insbesondere mit der Lückenfüllung durch die Praxis (Gewohnheitsrecht); vgl. v.Cleric , Quellen ZStrR 45,339

75) Vgl. Botschaft v. 26.4.1946 VA S. 4 : Nachdem der Versuch, die eingeschränkte Unmittelbarkeit mit dem Entwurf vom 30.1.1926 zu verwirklichen, in der Volksabstimmung scheiterte, wurde das inquisitorische Verfahren durch die Einführung der kontradiktorischen Voruntersuchung (28.1.1932) etwas abgemildert. Die 1962 verwirklichte Regelung basiert auf dem Entwurf von 1946.

Untersuchungsakten basierende Beurteilung vorgesehen. Beweiserhebungen bzw. -Ergänzungen vor dem erkennenden Gericht gab es nicht.

In Luzern herrschte nach der StPO vom 7.6.1865 im Rahmen eines aktenbestimmten Verfahrens eine besondere Spielart der Unmittelbarkeit : Auf Antrag waren Zeugen zur Vereidigung auf ihre Aussagen vorzuladen und konnten gegebenenfalls ergänzend befragt werden.⁷⁶⁾

In Bern geht man mit der neuen StPO vom 20.5.1928 im Zuge der Revisionsarbeiten zum Bundesstraßprozeß von den gesetzlichen Beweisregeln und der Vorrangigkeit der Akten ab.⁷⁷⁾

In Glarus fällt die alleinige Vorherrschaft der Akten in der Hauptverhandlung mit der StPO vom 4.5.1940 dahin.⁷⁸⁾

c) Von den nach dem 2. Weltkrieg neu erlassenen Prozeßordnungen entscheiden sich nahezu alle für eine fakultativ unmittelbare Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht, die unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Zweckmäßigkeit steht. Hier liegt es im Ermessen des Richters, ob er die (oft unbestrittenen) Akten der Voruntersuchung als ausreichende Entscheidungsgrundlage ansehen will.⁷⁹⁾

76) Vgl. E. Lerch, Mittelbarkeit ZStrR 67,355 ff

77) Alte StPO vom 1.1.1851

78) Fortan hat der Richter etwa im Falle eines Geständnisses zu entscheiden, ob er allein auf der Grundlage der Akten in der Lage ist, ein sicheres Urteil zu fällen.

79) So in SG 1954; LU 1957; AG 1958; GR 1958; UR 1959; VA 1962; GL 1965; SO und TG 1970; NW 1975; 1945 führt NE vor Schwurgericht und Polizeigericht ein System weitgehender Unmittelbarkeit ein, nach dem die Akten des Vorverfahrens nur unter bestimmten Voraussetzungen Urteilsgrundlage werden können; ähnlich VD 1967 für alle Gerichte; für die Totalrevision in AR hat der Regierungsrat am 10.5.1977 einen Entwurf vorgelegt, der auf dem Vorentwurf Robert Hausers beruht. Danach würde wesentliche Neuerung die formelle Einführung der Staatsanwaltschaft sein. Die hier interessierenden Verfahrensprinzipien würden unberührt bleiben. Einen vorzüglichen Überblick über die jüngsten Tendenzen in der Strafprozeßgesetzgebung gibt Hauser, Kantonale Gesetzgebung SJZ 1977, 67 f

Von erheblichem Einfluß auf die Gesetzgebungstätigkeit der Kantone waren die Beratungen und schließlich der Erlaß der Bundesstraßprozeßordnung vom 15.6.1934 trotz des relativ engen Aufgabenkatalogs der Bundesstraßgerichte auf dem Gebiet des Straßprozeßrechts. Das Verfahren vor den Bundesassisen (Geschworenengericht) folgt den Grundsätzen des klassischen Schwurgerichts mit notwendiger Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht. Eine nach dem Zweckmäßigkeitsgedanken eingeschränkte Unmittelbarkeit finden wir vor dem Bundesstraßgericht (nur Berufsrichter). 80)

- 80) Auf eine Darstellung der Entwicklung der Militärstraßgerichtsordnung wird an dieser Stelle verzichtet. Soweit erforderlich wird die MStGO im Rahmen der Arbeit an einzelnen Stellen erwähnt.

II -- Die Umriss des Begriffs der Unmittelbarkeit der
Beweisaufnahme nach heute herrschender Ansicht --

a) Aus deutscher Sicht

Wie gezeigt, liegt der Ursprung des heutigen Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der Abkehr vom Inquisitionsverfahren mit seiner Trennung von inquirierendem und erkennendem Richter. Waren dort die Akten regelmäßiges Erkenntnismittel⁸¹⁾, so bedeutet der Unmittelbarkeitsgrundsatz im modernen Anklageprozeß zunächst die eigene sinnliche Wahrnehmung der Beweismittel durch das erkennende Gericht.⁸²⁾

Zur Kennzeichnung dieser Betrachtungsweise hat es sich eingebürgert, von "formeller Unmittelbarkeit" zu sprechen.⁸³⁾ Damit ist das angesprochen, was oben das "Verhältnis des Gerichts zu den Beweismitteln" genannt wurde.⁸⁴⁾ Das erkennende Gericht selbst⁸⁵⁾ als Bezugspunkt und Adressat des Prinzips soll die dem Urteil zugrunde liegenden Tatsachen in der Hauptverhandlung den Beweismitteln entnehmen.⁸⁶⁾ Dagegen würde verstoßen, wenn etwa ein Wahrnehmungszeuge nicht persönlich vor Gericht aussagen, sondern das Gericht seine Angaben telefonisch oder schriftlich entgegennehmen würde.⁸⁷⁾

81) Wenn man davon absieht, daß auch eine kurze Anhörung des Angeklagten stattfand.

82) Vgl. Eb.Schmidt, LK I RN 444; Löwe-Rosenberg, StPO I Einleitung S. 154; beide allerdings mit Bezug auf die gesamte Hauptverhandlung.

83) Vgl. Löhr, Unmittelbarkeit S. 20 ff; Heissler, Unmittelbarkeit S. 38 ff; Geppert, Unmittelbarkeit S. 122 ff jeweils mit weiteren Nachweisen.

84) Sprang, Zeugen vom Hörensagen S. 36

85) Hegler, Rechtsgang I S. 213 ff; Beling, Reichsstrafprozeßrecht S. 317

86) Das Gericht hat den Angeklagten, die Zeugen und Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu hören (und zu sehen), sowie die Augenscheinsobjekte zu betrachten.

87) Beispiel von Löhr aaO S. 40

Eine andere Betrachtungsweise hebt (ausschließlich) ab auf das Verhältnis Beweismittel - Beweisthema und Tat, in-dem die Frage nach dem unmittelbarsten, dem tatnächsten Beweismittel gestellt wird.⁸⁸⁾ Aus dieser Sicht steht das Prinzip ausschließlich im Dienste der materiellen Wahrheit, indem es sich mit Recht daraus begründet, daß der Beweiswert eines Beweismittels sich abschwächt, je weniger authentisch die Beziehung zur Tat ist. Der erkenntnistheoretische Vorzug dieser Betrachtungsweise ist ebenso unbestreitbar wie ihre prozessuale Undurchführbarkeit, soweit es um ihre prinzipielle Anwendung geht: Darf stets nur das Originalbeweismittel⁸⁹⁾ vor dem Surrogat, also der Wahrnehmungszeuge vor dem Zeugen vom Hörensagen, die mündliche Aussage vor dem schriftlichen Bericht, der eigene Augenschein vor dem schriftlichen oder Zeugenbericht Verwendung finden, so wäre der Wahrheitsfindung eine empfindliche Fessel angelegt, würde das Prinzip doch den Verzicht auf jede indizielle⁹⁰⁾ Beweisführung erfordern.

Dementsprechend wird die sogenannte "materielle Unmittelbarkeit" von der h.M. in einer abgeschwächten, relativen Form vertreten, die die Zuverlässigkeit eines Beweismittels⁹¹⁾ nicht mit seiner Zulässigkeit verknüpft. Danach wird die Benutzung des tatnäheren Beweismittels je nach praktischer Möglichkeit verlangt⁹²⁾, weshalb man insoweit von einem

88) Diese Auffassung ist mit Nachdruck vertreten worden von v.Kries, Unmittelbarkeit ZStW 6, 88 ff; Muskat, Zeugnis vom Hörensagen GA 36, 281 ff; jüngster Anhänger dieser Mindermeinung ist Heissler, Unmittelbarkeit S. 59 ff

89) Vgl. v.Hippel, Lehrbuch S. 315

90) Unzulässig wäre danach der echte Indizienbeweis, dessen Beweisthema eine Hilfstatsache - hierzu Eb.Schmidt, LK I RN 448, 451 - ist, ebenso wie der unechte Indizienbeweis, dessen Beweisthema die auf eine Haupttatsache gerichtete Aussage eines anderen Beweismittels ist. So Beling, Reichsstrafprozeßrecht S. 315 (III 1)

91) als dem eigentlichen Hintergrund der Forderung

92) v.Hippel aaO

"Prinzip im Einzelfall" zu sprechen geneigt ist, das sich zunächst jeglicher Schematisierung entzieht.⁹³⁾

Insbesondere weil sich ein echtes Prinzip materieller Unmittelbarkeit aus der deutschen StPO an keiner Stelle eindeutig ergibt⁹⁴⁾, weil andererseits dessen Hauptzielrichtung bereits von dem selbständigen Grundsatz der amtlichen Erforschung der materiellen Wahrheit abgedeckt ist, herrscht in Literatur und Rechtsprechung eindeutig die formelle Komponente vor und wird nur ganz vorsichtig von einem "auch" materiellen Element des Unmittelbarkeitsbegriffs gesprochen.⁹⁵⁾ Dies gilt vor allem für den Bereich der persönlichen Beweismittel, die das Gericht - unter tunlichster Vermeidung jeglicher Vermittlung und Reproduktion durch schriftliche Aufzeichnungen - selbst anhören und ansehen soll.

-
- 93) Aus der Literatur vgl. neben Beling aaO, v.Hippel aaO, vor allem Eb.Schmidt, LK I RN 445 ff; Dolderer, Beweis durch Urkunden S. 24 ff; Peters, Lehrbuch S. 267; Grünwald, Beweisverbote JZ 66, 493; aus der spärlichen Rechtsprechung: OGHSt 1, 133 ff; OLG Oldenburg JR 51, 90 (91)
- 94) So auch Heissler aaO S. 103 ff, der gleichwohl der deutschen StPO im Wege der Auslegung "fragmentarischer Einzelfallregelungen" ein Prinzip materieller Unmittelbarkeit entnehmen will.
- 95) Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht S. 223 ff; Schäfer, Strafprozeßrecht Kap. 13 RN 62; Zipf, Strafprozeßrecht S. 145 ff; Löhr, Unmittelbarkeit S. 37 ff. mwN.

b) Aus schweizerischer Sicht

Die schweizerischen Versuche, dem Grundsatz der Unmittelbarkeit begriffliche Konturen zu geben, sind nicht minder vielgestaltig, auch wenn sofort ins Auge fällt, daß ein weit geringeres Bedürfnis nach einer begrifflich-theoretischen Grundlegung des Grundsatzes zu bestehen scheint. Die Ursachen dafür gilt es im folgenden nach und nach zu ergründen. Vorweg kann schon soviel gesagt werden, daß es im wesentlichen das Mosaik von 27⁹⁶⁾ Strafprozeßordnungen ist, das sich mit seinen historisch zum Teil völlig unterschiedlichen Wurzeln einer notwendig schematisierenden wissenschaftlichen Diskussion entgegenstellt. Gleichwohl sind die Bemühungen um ein schweizerisches Strafprozeßrecht seit langem im Gange⁹⁷⁾, so daß möglicherweise die Diskussion um Stellenwert und Begriff des Grundsatzes der Unmittelbarkeit erst am Anfang steht. Ohne Zweifel wird unser Grundsatz in diesem Prozeß eine große Rolle spielen⁹⁸⁾, wie überhaupt seine grundsätzliche Anerkennung als fundamentales Prozeßprinzip unbestreitbar ist.

Auch in der schweizerischen Literatur wird der Begriff unter einem formellen, einem materiellen, oder einem beides vereinigenden gemischten Aspekt betrachtet, ohne daß diese in Deutschland inzwischen geläufige Systematisierung im einzelnen Verwendung findet.

In der Frage des institutionellen Bezugspunktes unseres Grundsatzes sind sich die weitaus meisten Stimmen einig, daß der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme

- 96) 25 kantonale, eine Bundes- und eine Militärstrafprozeßordnung. Die Gesetzgebungs- und Gerichtshoheit liegt für das Verfahrensrecht bei den Kantonen, Art. 64 bis II der Bundesverfassung; Ausnahmen siehe Art. 340 StGB; Hauser, Kurzlehrbuch S. 12 ff.
- 97) Vgl. zur Frage der Vereinheitlichung des Strafprozesses Noll, Vereinheitlichung FSchr.f.Guldener S. 231 ff
- 98) Darauf weist zu Recht Pfenninger, Probleme S. 13 hin und skizziert zugleich das Hauptproblem: In welchem Verhältnis sollen die Ergebnisse der Voruntersuchung zu dem Inhalt der Hauptverhandlung stehen, welchen Einfluß sollen sie auf das Urteil erhalten?

sich nur auf die Hauptverhandlung und nur auf den schlußendlich erkennenden Richter bezieht.⁹⁹⁾ Demgegenüber wird er vereinzelt auf "die beweiserhebenden Behörden" bezogen, womit unter anderem auf die gewiß richtige Tatsache hingewiesen wird, daß schon im Vorfeld des Urteils Entscheidungen über den ermittelten bzw. untersuchten Sachverhalt fallen.¹⁰⁰⁾ Ist dieser Ansicht auch der Sache nach nicht zu folgen, so verdient an ihr doch festgehalten zu werden, daß sich in diesem wissenschaftlichen Definitionsversuch E.Meiers überwiegend die Wirklichkeit der schweizerischen Strafprozeßordnungen und die Praxis der Gerichte widerspiegelt.¹⁰¹⁾ Erklärt man "Beweiserhebung" als den Vorgang der Gewinnung und Fixierung der dem Urteil zugrundezulegenden Tatsachen, so spielt sich dieser Vorgang nach der Vorstellung der meisten kantonalen Prozeßordnungen zumindest gleichgewichtig¹⁰²⁾ in der Hauptverhandlung und in der Untersuchung ab.

Wenn E.Meier in dem Grundsatz der Unmittelbarkeit die Forderung nach Benutzung der Originalbeweismittel und nach Beweiserhebung durch die Untersuchungs- und Gerichtsbehörden sieht¹⁰³⁾, dann erweist er sich letztlich als Vertreter einer materiellen Betrachtungsweise, denn die Erweiterung der Forderung nach eigener sinnlicher Wahrnehmung von den Beweismitteln auf den Bereich der Untersuchung widerspricht dem formellen Unmittelbarkeitsbegriff. Dieser nämlich findet

- 99) V.Cleric, Unmittelbarkeit SJZ 12 (1915), 41; Hauser, Ostschweizerische Kantone S. 130; Lerch, Mittelbarkeit ZStrR 67, 355 ff; Noll, Strafprozeßrecht S. 91; Zürcher, Unmittelbarkeit S. 67; Krauer, Gestaltungsprinzipien S. 47; Pfenninger, Probleme S. 41
- 100) E.Meier, Verfahrensgrundsätze S. 85 und ihm wörtlich folgend Scherrer, Prozeßmaximen S. 88; zur Bedeutung der kontradiktorischen Voruntersuchung (speziell im Kanton Genf) Poncet, L'instruction S. 80 ff
- 101) Siehe unten II im Hauptteil A (S. 82 ff)
- 102) Dieses Gleichgewicht hat sich in der Praxis infolge einer nur (auf die Hauptverhandlung bezogenen) fakultativen Unmittelbarkeit weitgehend zu einem Übergewicht der Voruntersuchung entwickelt. Vgl. Noll aaO S. 86
- 103) AaO unter Berufung auf Peters, Lehrbuch S. 248 (1.Aufl.) - Hier ist zu beachten, daß Peters zwischen der ersten und zweiten Auflage (S. 267) zu einer verstärkt materiellen Betrachtungsweise gefunden hat.

seine Bezugspunkte allein im erkennenden Richter und in der Beweisaufnahme der Hauptverhandlung.¹⁰⁴⁾

Neben dieser - wegen des erweiterten Bezugspunktes - vorwiegend materiellen Betrachtungsweise, die sich in ihren Konsequenzen eher an die Lehren von Peters als an die v.Kries' oder Heisslers¹⁰⁵⁾ anlehnt, hat großes Gewicht die vermittelnde Auffassung, die eine Beweisaufnahme vor dem erkennenden Richter und eine "möglichst tatnahe" Beweisführung verlangt.¹⁰⁶⁾ Nach diesem gemischt formell-materiellen Unmittelbarkeitsbegriff soll der erkennende Richter zum einen von den Urteilsgrundlagen in unmittelbar eigener sinnlicher Wahrnehmung Kenntnis nehmen. Zum anderen soll er bei der Erforschung der materiellen Wahrheit möglichst aus der Quelle selbst schöpfen, d.h. Originalbeweismittel vor Beweisreproduktionen verwenden.¹⁰⁷⁾ Offenbar auf dieser Linie liegt das jüngst erschienene Vorlesungsskriptum von Noll.¹⁰⁸⁾ Danach beinhaltet der Grundsatz der Unmittelbarkeit, daß das Gericht "alle für die Urteilsfindung wesentlichen Fakten möglichst¹⁰⁹⁾ selber, unvermittelt und direkt¹¹⁰⁾, in der Hauptverhandlung" zur Kenntnis nehmen soll. Ferner soll sich

-
- 104) Mit E.Meier stimmt Scherrer aaO wörtlich überein. Ob allerdings die dort unter FN 12 genannten Autoren die Ansicht Scherrers stützen, ist fraglich: Eb.Schmidt LK I RN 444 z.B. nennt das erkennende Gericht als Bezugspunkt; ebenso Zürcher, Unmittelbarkeit S. 67.
- 105) Vgl. oben FN 88; diese Autoren vertreten weitgehend ein Verbot der mittelbaren Beweisführung, insbesondere eine Unzulässigkeit des Zeugen vom Hörensagen.
- 106) Krauer, Gestaltungsprinzipien S. 47; Schenker, Freie Beweiswürdigung S. 84; Fehr, Geschworenengericht S.120; Zürcher, Unmittelbarkeit S. 67
- 107) Z.B. der Augenzeuge vor dem Zeugen vom Hörensagen oder der Verhörsperson; die Dispositivurkunde vor dem Richter
- 108) Strafprozeßrecht, Zürich 1977, insbesondere S. 91
- 109) Diese Einschränkung läßt offenbar Beweisaufnahmen durch den beauftragten Richter oder den Vorsitzenden allein zu.
- 110) Diese Parenthese, für die die obige Einschränkung wohl auch gilt, enthält das materielle Element dieser Definition.

die richterliche Überzeugung auf eine eigene sinnliche Wahrnehmung stützen.

Eine der ersten Aufbereitungen des Themas Unmittelbarkeit in der schweizerischen Literatur, die noch heute von ungebrochener Bedeutung ist, hat v.Cleric 1915 geliefert.¹¹¹⁾ In der Tradition dieser Abhandlung stehen gewichtige Stimmen, die den Begriff der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme unter dem entscheidenden formellen Aspekt sehen, daß sich die urteilserheblichen Beweiserhebungen vor dem erkennenden Gericht in der Hauptverhandlung abspielen sollen, um einen unmittelbaren sinnlichen Eindruck von Tatsachen und Beweismitteln zu gewährleisten.¹¹²⁾

Eine Sonderstellung möchte man Pfenninger¹¹³⁾ einräumen. Seiner Ansicht nach ist es Inhalt des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, daß "am zweckmäßigsten vor allem die Beweiserhebungen vor dem erkennenden Richter sind". Dieser soll nur seine unmittelbaren Eindrücke dem Urteil zugrunde legen. Hierin findet man zunächst ein eindeutiges Bekenntnis zum formellen Unmittelbarkeitsbegriff. Bedeutungsvoller scheint jedoch, daß es nach Pfenninger ein übergeordnetes Prinzip der Zweckmäßigkeit gibt. Dies wiederum läßt sich so deuten, daß zwar zur Erreichung des Prozeßzwecks die unmittelbare Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht wünschenswert, daß aber der Richter nicht gehindert ist, sich mit den protokollierten Ergebnissen der Voruntersuchung zufrieden zu geben.

111) Die Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit im Strafprozeß, SJZ 12 (1915), 41 ff.

112) Hauser, Ostschweizerische Kantone S. 130, der dem Grundsatz der Unmittelbarkeit auch noch die Konzentrationsmaxime und das Prinzip der Verhandlungseinheit unterstellt. Lerch, Mittelbarkeit ZStrR 67, 355 ff, der seine Ansicht vorwiegend historisch begründet; Comtesse, Verhältnis ZSR 65, 111a ff, der allerdings ein einheitliches Prinzip der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit beschreibt.

113) Probleme S. 41 ff; auch er spricht von dem Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit.

Auch in dieser¹¹⁴⁾ Definition erkennt man die in der schweizerischen Prozeßlandschaft größtenteils geübte Praxis wieder: Von der in der Regel nicht zwingend vorgeschriebenen unmittelbaren Hauptverhandlung macht man nach dem Gebot der Zweckmäßigkeit¹¹⁵⁾ Gebrauch oder nicht.

114) Wie schon bei E.Meier, s.o. FN 100

115) Die Kriterien sind u.a.: Schnelligkeit, Sparsamkeit, Genauigkeit der früheren Aussagen etc.

III -- Die Funktion der Unmittelbarkeit im gerichtlichen Erkenntnisvorgang --

Das Unmittelbarkeitsprinzip erfährt nicht deshalb in der Literatur eine so intensive und in Einzelheiten kontroverse Behandlung, weil es darum ginge, dem "Prinzip an sich" nachzuspüren. Hintergrund dieses Interesses ist vielmehr die in der Regel nicht näher begründete Überzeugung, dem Prinzip komme eine wesentliche Funktion bei der Wahrheitsfindung zu.¹¹⁶⁾

Diese Wahrheitsfindung vollzieht sich im Verlauf eines mehrgliedrigen rechtsstaatlichen Strafverfahrens, das in den hier zu untersuchenden Rechtskreisen der Ermittlung der materiellen Wahrheit¹¹⁷⁾ dienen soll.¹¹⁸⁾

Nun ist im vorangegangenen Kapitel programmatisch die Ansicht vertreten worden, der Grundsatz der Unmittelbarkeit beziehe sich nur auf den Vorgang der gerichtlichen Kenntnisnahme von dem zu beurteilenden Sachverhalt. Dieser Vorgang wurde Beweisaufnahme genannt, weil nicht die eigenen Anschauungen von der Tat, sondern allein die Beweise¹¹⁹⁾

116) Vgl. Eb.Schmidt, LK I RN 432; Löwe-Rosenberg aaO Anm. 2 vor § 226; Henkel, Lehrbuch § 85 IV.

117) Diese Zielrichtung hat ein jedes Erkenntnisverfahren mit der vorbehaltlosen Einführung der freien Beweiswürdigung erhalten. Zu den wenigen Einbrüchen in dieses Prinzip zählt in beiden Ländern die Festsetzung einer Promille-Grenze für die unwiderlegliche Vermutung der absoluten Fahruntüchtigkeit.

118) Weitere Ziele beschreibt Peters, Lehrbuch S. 38, 79, 177: "Läuterung der Rechtsgemeinschaft ... Wiederherstellung des Rechtsfriedens ... Loslösung des Täters von der Tat"

119) Zu denen auch die Einlassungen des Angeklagten gehören; Kleinknecht, StPO Einleitung RN 49; Hauser, Zeugenbeweis S. 21

die zulässigen Erkenntnismittel des Gerichts sind.¹²⁰⁾
Ziel dieses Erkenntnisvorgangs ist eine für die Urteils-
fällung tragfähige Überzeugung des Richters. In diesem Sinne
wird der Grundsatz der Unmittelbarkeit als formell und ma-
teriell gestaltendes Erkenntnisprinzip mit dem erkennenden
Richter als Bezugsperson verknüpft.¹²¹⁾

Die Qualität dieses Erkenntnisvorgangs hat dem Anspruch
gerecht zu werden, den ein wohlverstandenes Prinzip der
materiellen Wahrheit erhebt: Es verpflichtet den Richter,
der Wahrheit möglichst nahe zu kommen, wobei die Ein-
schränkung durch die in der Praxis oft schmerzliche Er-
fahrung geprägt ist, daß es die absolute Wahrheit nicht gibt.
Andererseits ist der Richter als Repräsentant des staatlichen
Strafanspruchs gehalten, diesen unter möglichster Achtung
der Freiheit und der Würde des Menschen durchzusetzen, mit-
hin im Rahmen des notwendig relativen Wahrheitsbegriffs ein
Optimum an Wirklichkeitsnähe zu erreichen.¹²²⁾

120) Diese nach modernem strafprozessualen Verständnis selbst-
verständliche Maxime ist in der thematisch einschlägigen
Literatur wiederholt zum Anlaß genommen worden, auf einen
begrifflichen Anachronismus hinzuweisen: Mit dem Begriff
Unmittelbarkeit werde ein Erkenntnisvorgang gekennzeichnet,
der stets und notwendig nur mittelbar vor sich
gehen könne. Es sei aber auch nicht angängig, von rela-
tiver oder möglichstster Unmittelbarkeit zu sprechen. Un-
mittelbarkeit sei entweder vorhanden oder nicht. Vgl. et-
wa Löhr, Unmittelbarkeit S. 21 ff; a.A. offenbar Noll,
Strafprozeßrecht S. 91: Unmittelbarkeit sei quantifizier-
bar. - Diese Frage ist jedoch sachlich ohne Gewicht,
wie überhaupt die vorliegende Untersuchung auf den um-
fangreichen terminologischen Streit in der Literatur nach
Möglichkeit nicht eingeht.

121) Hier besteht ein enger Zusammenhang mit der Mündlichkeit,
die nicht nur formgestaltend wirkt, sondern auch ein
erkenntnispsychologisch notwendiges Prinzip zur Erfor-
schung der materiellen Wahrheit darstellt. Vgl. J.Meyer,
Dialektik S. 80 f. - Eine Sonderung beider Grundsätze
wird im Hauptteil A unter Ia versucht werden (S.30 ff)

122) Aus dieser Einschränkung ergibt sich auch, daß es in der
Praxis keinesfalls um die absolute Verwirklichung eines
Prozeßprinzips gehen kann. Solange es "den" Weg zur Wahr-
heit nicht gibt, ist Pfenninger, Probleme S. 49 ff voll
zuzustimmen, der aus dem Prinzip der materiellen Wahrheit
zwei Forderungen entwickelt: einerseits die richterliche
Souveränität der grundsätzlich freien Verfügbarkeit aller
Erkenntnismittel und zum anderen die freie richterliche
Beweiswürdigung.

Gegenstand des Strafurteils ist zum einen die Person des Täters und zum anderen die Tat als geschichtlicher Vorgang. Dies sind die beiden Bezugspunkte für die der Urteilsfällung vorausgehende Erkenntnisbildung. Geht es um die Person, so ist augenscheinlich größte Unmittelbarkeit gegeben, denn bis auf wenige Ausnahmefälle ist der Angeklagte in der Hauptverhandlung anwesend, kann er befragt und seine Persönlichkeit aufgrund eines unmittelbaren Eindrucks beurteilt werden. Dieses unmittelbare Bild vom Täter ist allerdings nicht das eigentliche Ziel des richterlichen Erkenntnisvorgangs, denn zur Beurteilung steht an die Persönlichkeit im Augenblick der Tat, jedenfalls im Rahmen der Schuldfrage. Hierfür hat die Ist-Persönlichkeit des Täters im Gerichtssaal in der Regel nur Indizwert. Um ein aktuelles Persönlichkeitsbild rückbeziehen zu können auf einen geschichtlichen Vorgang, bedarf es weiterer Anhaltspunkte (Indizien), die zu einer "mittelbaren" Erkenntnisbildung durch Angaben von Drittpersonen, Straflisten, Gutachten und Zeugnisse führen.

Der auf die Tat bezogene Erkenntnisvorgang ist im Sinne des untersuchten Prozeßprinzips unmittelbar, wenn er zu einer weitestgehenden Nähe des erkennenden Richters zur angeklagten Tat führt. Dieses aus dem rein begrifflichen Inhalt des Wortes Unmittelbarkeit abgeleitete räumliche Bild beschreibt also das Verhältnis des Richters zur Tat. Nur da, wo sich die Tat in einem Gegenstand unmittelbaren richterlichen Augenscheins manifestiert¹²³⁾, führt der Weg des Gerichts über die prozeßförmigen "Vermittler" Beweisthema und Beweismittel am unmittelbarsten zur Tat. Kompliziertere Sachverhalte verlangen daher, daß man diesen "Vermittlern" erhöhte Aufmerksamkeit schenkt. Danach läßt sich die Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens an dem Verhältnis des Gerichts zu den Beweismitteln messen.¹²⁴⁾ Diese Beziehung zwischen Gericht und Beweismitteln wird hergestellt durch die Art und Weise der Kenntnisnahme von der zu beurteilenden Tatsachengrundlage.

123) Der beleidigende Brief etwa

124) Hier ist von Interesse, ob das erkennende Gericht selbst in der Hauptverhandlung Kenntnis von einem Beweismittel nimmt, oder ob die aktenkundigen Ergebnisse des Ermittlungs- und Untersuchungsverfahrens verwertet werden.

Weitere Verknüpfungen lassen sich aufzeigen im Verhältnis von Beweismittel und Beweisthema bzw. Tat. Die hiermit angesprochene Tatnähe des Beweismittels deutet darauf hin, daß Inhalt und Qualität des Beweises im Vordergrund stehen.¹²⁵⁾

In der praktischen Anwendung des so skizzierten abstrakten Verfahrensprinzips kann es nicht um ein "Entweder-Oder"¹²⁶⁾, sondern allenfalls um ein "Mehr oder Weniger" gehen.

125) Praktisch geht es um Fragen des mittelbaren oder indiziellen Beweises.

126) Mit der in allen untersuchten Verfahrensordnungen erfolgten endgültigen Abkehr vom Inquisitionsverfahren wird die Bedeutung der Unmittelbarkeit als grundlegendem Verfahrensprinzip weder in Deutschland noch in der Schweiz in Frage gestellt.

Der formelle Unmittelbarkeitsbegriff oder
die Unmittelbarkeit als Form der Kenntnisaufnahme von
den Beweismitteln

Wie gezeigt, liegt die historische Wurzel des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der Reformbewegung, die zur Abkehr vom geheimen schriftlichen Inquisitionsverfahren führte. Gleichzeitig mit dem Ruf nach Öffentlichkeit und Mündlichkeit erhob sich die Forderung nach Unmittelbarkeit. Die Erfüllung dieser Forderung brachte zunächst die Abwendung von den Untersuchungsakten als alleiniger Urteilsgrundlage. Grundlage des Urteils sollte vielmehr die Wahrnehmung des gesamten Prozeßstoffes in der Hauptverhandlung sein.¹⁾ Das schließt eine Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht ebenso ein, wie die persönliche richterliche Wahrnehmung des jeweiligen Beweismittels.²⁾

Insbesondere aus zwei Gründen erscheint es ratsam, der näheren Untersuchung ein Kapitel voranzustellen, in dem der formelle Unmittelbarkeitsbegriff unterschieden wird von ähnlichen oder verwandten Prozeßprinzipien. Zum einen ist es die zum Teil historisch bedingte Nachbarschaft zur Mündlichkeit, die aber auch der Sache nach in der konkreten Prozeßsituation eine Abgrenzung beider Beweis- und Erkenntnisprinzipien schwer machen kann. Zum anderen spielt in die Frage des formellen Unmittelbarkeitsbegriffs immer wieder die allgemeine Problematik der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung hinein, so daß mitunter die Grenzen zu anderen Prinzipien der Hauptverhandlung, -Einheitlichkeit, rechtliches Gehör, Konzentration -, fließend werden.

- 1) Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung.
- 2) Das ist der Inhalt des hier behandelten Grundsatzes der Unmittelbarkeit in formeller Hinsicht.

I -- Die formelle Unmittelbarkeit in der Abgrenzung zu
anderen Prozeßprinzipien --

a) Mündlichkeit

1. Aus deutscher Sicht

Der Grundsatz der Mündlichkeit besagt, daß Urteilsgrundlage nur der mündlich in der Hauptverhandlung erörterte Prozeßstoff werden dürfe.³⁾ Hierin kann der Gegensatz zu dem gemeinrechtlichen Satz "quod non est in actis, non est in mundo" gesehen werden. Dieser Gegensatz drückt sich an einem praktischen Beispiel so aus: Es genügt für die Verurteilung wegen eines Antragsdelikts nicht, daß sich die Strafverfolgungsvoraussetzung Strafantrag lediglich aus den Akten ergibt, wo sie auch noch in der Beratung zur Kenntnis genommen werden könnte. Vielmehr ist die ausdrückliche mündliche Feststellung, daß Strafantrag gestellt sei, in der Hauptverhandlung erforderlich.⁴⁾

Es sind dem Grundsatz der Mündlichkeit demnach zweierlei Forderungen zu entnehmen: Zum einen verlangt er eine bestimmte Art der Verständigung zwischen den Beteiligten, nämlich die der freien Rede und Gegenrede. Hier wird folgerichtig gesagt, der Grundsatz der Mündlichkeit betreffe die "Form des Prozeßverkehrs".⁵⁾ Indes wird diese knappe Charakterisierung, die die Bedeutung schlagwortartig auf eine "Form der Verständigung" verkürzt⁶⁾, dem Inhalt des Grundsatzes, so wie er von der überwiegenden Meinung verstanden wird, nicht vollständig gerecht.

3) H.M.: Eb.Schmidt, LK I RN 429; Löwe-Rosenberg, StPO Einl. Kap. 13 VII RN 56; Peters, Lehrbuch S. 486, jeweils mit weiteren Nachweisen.

4) Löwe-Rosenberg aaO § 261 RN 19; Einl. Kap. 12 RN 117

5) Insbesondere Eb.Schmidt, LK I RN 430; Löhr, Unmittelbarkeit S. 137; Geppert, Unmittelbarkeit S. 138

6) Diese schlagwortartigen Definitionen dienen alle demselben Zweck, nämlich auf möglichst eingängige Art den Unterschied zum Grundsatz der Unmittelbarkeit deutlich zu machen. Vgl. etwa Bennecke-Beling, Reichs-Strafprozeßrecht S. 258: Unmittelbarkeit betreffe eine "Stufe der Erkenntnis", Mündlichkeit eine "Form der Verständigung".

Der gesamte Prozeßstoff muß nämlich nicht nur mündlich vorgetragen werden. Er ist auch nur in dieser Form für das Urteil verwertbar.⁷⁾ Das bedeutet, daß die Mündlichkeit das gesprochene Wort zum allein zulässigen Medium für den Urteilsinhalt macht. Daraus wird auch deutlich, daß das Mündlichkeitsprinzip der Verwendung schriftlicher Aufzeichnungen aller Art für die Urteilsfindung in keiner Weise entgegensteht. Voraussetzung ist allerdings, daß die Einführung des schriftlichen Materials in den Prozeß nach anderen Prozeßprinzipien⁸⁾ zulässig ist, und daß dieses Material in der Hauptverhandlung verlesen oder sonstwie mündlich erörtert wird.⁹⁾

Auf einen Berührungspunkt zu dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs sei an dieser Stelle nur hingewiesen.¹⁰⁾

Der andere Berührungspunkt betrifft den Grundsatz der Öffentlichkeit. Seit Feuerbachs grundlegender Schrift über "die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege" (1821) wird die gegenseitige Abhängigkeit beider Grundsätze vor allem darin gesehen, daß erst die Mündlichkeit den Prozeßstoff so durchsichtig mache, daß eine Verbindung zur interessierten Öffentlichkeit hergestellt werden könne.

Bereits oben¹¹⁾ wurde eine weitere, die erkenntnispsychologische Funktion des gesprochenen Wortes angedeutet.¹²⁾

7) Ein weiteres Beispiel dafür liefert BGHSt 23,244 ff : Tritt die anonyme Gewährsperson ("V-Mann") entgegen der Regel selbst vor Gericht auf, so darf die Vernehmung zur Person nicht dadurch umgangen werden, daß der Zeuge lediglich vor dem Gericht seinen Reisepaß (schweigend) zeigt. Vgl. zu diesem Fall auch Geppert, Unmittelbarkeit S. 139 Anm. 19

8) Vor allem nach dem Grundsatz der Unmittelbarkeit !

9) Diese Regel gilt für das Urteil schlechthin, das nur aufgrund mündlicher Verhandlung ergehen kann. Weiterführend über das Verhältnis der mündlichen Verhandlung zu den nach der StPO vorgesehenen Entscheidungen Fezer, Die Funktion S. 73 ff

10) Vgl. Oetker, Mündlichkeit GS 105, 13; im übrigen unten I b (S. 52 ff)

11) Oben S. 26 FN 121

12) Grundlegend Mittermaier, Mündlichkeit S. 248 ff; auf ihn bezieht sich J.Meyer, Dialektik S. 77 ff, 81

Die Lebendigkeit des gesprochenen Wortes, die klärende Funktion von Rede und Gegenrede, Frage und Antwort, die Möglichkeit von Ergänzungsfragen¹³⁾, dies alles wird nach der Überzeugung des Gesetzgebers der Wahrheitsfindung weit besser dienen als die "tote" Schrift.

Diese gesetzgeberische Überzeugung ist im Gegensatz zur Zivilprozeßordnung¹⁴⁾ nicht speziell ausgedrückt worden. Vielmehr ergibt sie sich aus einer Reihe von Vorschriften¹⁵⁾ in denen entweder von "mündlicher Verhandlung" oder von "Vernehmung, Befragung, Verhör" etc. die Rede ist. Ferner ergibt sich aus diesen Vorschriften¹⁶⁾, daß sich gerichtliche Entscheidungen in aller Regel auf eine mündliche Erörterung des Streitstoffs stützen müssen.

Bezugssachverhalt des Mündlichkeitsprinzips ist die gesamte Hauptverhandlung. Im Bereich der Beweisaufnahme, für den vor allem der Grundsatz der Unmittelbarkeit Bedeutung hat, kommt es zu natürlichen¹⁷⁾ Überschneidungen beider Prinzipien. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz formeller Ausprägung begründet sich daraus, daß es die eigene Kenntnisnahme des Gerichts von den Beweismitteln ist, die deren erschöpfende Benutzung und Beurteilung gestattet. Das unterscheidet sich gar nicht so sehr von dem, was soeben über die Funktion der Mündlichkeit, insbesondere beim Personalbeweis, gesagt wurde.

Geht es etwa um die Verlesung einer polizeilich oder staatsanwaltschaftlich protokollierten Zeugenaussage in der Hauptverhandlung, so kann allenfalls von einer Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes gesprochen werden, der gefordert hätte, den Zeugen persönlich in der Hauptverhandlung zu hören. Das Mündlichkeitsprinzip ist nicht verletzt, da das Urteil

13) Die Aufzählung macht bereits deutlich, daß sich die hier angesprochene Funktion des Mündlichkeitsprinzips vor allem beim Personal-Erkenntnismittel auswirkt.

14) § 138 ZPO

15) Z.B. §§ 226, 239, 240, 243, 257, 258, 261, 264, 265, 267 StPO

16) Vgl. § 261 : das Gericht entscheidet" aus dem Inbegriff der Verhandlung "; § 264: das Urteil wird "nach dem Ergebnis der Verhandlung" gefällt.

17) A.A. offenbar Heissler, Unmittelbarkeit S. 100: " zufällige Deckung" beider Prinzipien.

sich auf einen Sachverhalt stützt, der in die Hauptverhandlung - durch Verlesen - mündlich eingeführt worden ist. Erst wenn sich das Urteil allein auf aktenkundige Tatsachen stützt, die nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, sind beide Prinzipien verletzt. Die Vernehmung des "V-Mannes" selbst¹⁸⁾ genügt dem Grundsatz der Unmittelbarkeit¹⁹⁾ auch dann, wenn aus ermittlungstaktischen Gründen die Vernehmung zur Person durch die - stille - Vorlage von Urkunden ersetzt wird. Hier fordert das Mündlichkeitsprinzip eine Ausdehnung der mündlichen und hörbaren Befragung auch auf Person und Identität des "V-Mannes".²⁰⁾

Die Komplexität mancher Prozeßsachverhalte bringt es mit sich, daß der gleiche revisionsrechtlich zu beurteilende Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt der Verletzung ganz verschiedener Prozeßmaximen zu würdigen ist. Die sogar in der neueren²¹⁾ deutschen Rechtsprechung noch zu beobachtende begriffliche Vermengung oder sogar Identifizierung der Grundsätze Unmittelbarkeit und Mündlichkeit²²⁾ ist indessen nur zum Teil mit obiger Feststellung zu erklären. Die Ansicht, § 256, der die Verlesung von Gutachten und amtlichen Schriftstücken statt mündlicher Vernehmung des Verfassers gestattet, enthalte eine Ausnahme vom Grundsatz der Mündlichkeit²³⁾, ist - wörtlich genommen - falsch. Die Art der Verwendung einer gutachterlichen Aussage ist, sofern sie irgendwie²⁴⁾ mündlich in den Prozeß eingeführt wird, ausschließlich eine Frage der Unmittelbarkeit. Wenn ein fremdsprachiges Schriftstück nicht verlesen,

18) Im Gegensatz zur Vernehmung der Verhörsperson

19) Jedenfalls in seiner formellen Ausprägung

20) Demzufolge treten "V-Leute" so gut wie nie selbst vor Gericht auf. Siehe auch oben S. 31 FN 7.

21) Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts vgl. RGSt 25, 354; 69, 122; 53, 178; 55, 2

22) BGH NJW 1953, 115; BGHSt 1, 5 (7); 1, 94 (96); 2, 99 (104); 20, 160 (162)

23) BGHSt 1, 94 (96)

24) Der BGH befaßt sich hier mit der Rüge, der Vorsitzende habe ein Schriftstück nur inhaltlich wiedergegeben, statt es zu verlesen: Hier könnte in der Tat der Grundsatz der Mündlichkeit verletzt sein, wenn die Inhaltsangabe ein im späteren Urteil verwendetes Detail übergeht.

sondern sein Inhalt durch ein mündlich erstattetes Sachverständigengutachten in den Prozeß eingeführt wird, so hat dies mit dem Grundsatz der Mündlichkeit ²⁵⁾ nichts, wohl aber etwas mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit zu tun. ²⁶⁾ Den Unterschied zwischen beiden Grundsätzen erkennt auch die Ansicht, " der Grundsatz der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit " verbiete die Ersetzung der persönlichen Zeugen-einvernahme durch eine Protokollverlesung. ²⁷⁾ Dem Grundsatz der Mündlichkeit ist in beiden Fällen Genüge getan, während der Grundsatz der Unmittelbarkeit durch die Protokollverlesung verletzt ist. ²⁸⁾

Abgesehen von den zitierten Entscheidungen muß man jedoch den Eindruck gewinnen, daß die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung es immer mehr vermeidet ²⁹⁾, durch die aus früheren Entscheidungen stammende formelhafte Nennung beider Grundsätze in einem Atemzug Unklarheiten zu verbreiten.

- 25) BGHSt 1, 5 (7) spricht hier von den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit.
- 26) Allerdings wohl im Zusammenhang mit der hier noch nicht zu behandelnden materiellen Unmittelbarkeit; ebenso verfehlt ist es, wenn BGHSt 20, 160 (162) hier von Unmittelbarkeit und Mündlichkeit spricht : Eine schriftliche Zeugenerklärung sollte neben der persönlichen Aussage eingeführt werden.
- 27) BGH NJW 1953, 115
- 28) sofern nicht eine nach § 251 StPO zulässige Ausnahme vorliegt
- 29) Vgl. etwa BGH LM § 250 Nr. 2 und 3 ; BGHSt 26, 18 (20); OLG Karlsruhe MDR 1976, 247 (Nr. 75).

2. Aus schweizerischer Sicht

Der Grundsatz der Mündlichkeit gehört nach kantonalem wie eidgenössischem Strafprozeßrecht ohne Zweifel zu den tragenden Prozeßmaximen. ³⁰⁾ Seine Bedeutung erschließt sich allerdings weniger in den absoluten Formulierungen der in der neueren Strafprozeßliteratur vertretenen Definitionen, als vielmehr in der Beschäftigung mit Gesetzen und Gerichtspraxis. Es wird daher im folgenden - nach einem kurzen Blick auf den Stand der neueren Literatur - der Versuch unternommen, anhand einiger charakteristischer Elemente des Mündlichkeitsgrundsatzes ein Bild seiner Ausgestaltung in den schweizerischen Strafprozeßordnungen ³¹⁾ zu zeichnen.

aa) Wie in Deutschland sieht auch in der Schweiz die herrschende Meinung in der Mündlichkeit zwei Forderungen verwirklicht, wenn es heißt, Urteilsgrundlage könne nur das sein, was in der gerichtlichen Hauptverhandlung mündlich vorgetragen worden sei. ³²⁾ Einerseits wird die Form des prozessualen Verkehrs in der Hauptverhandlung angesprochen, die von allen Beteiligten grundsätzlich mündliche Beiträge, Aussagen oder Stellungnahmen verlangt. Andererseits wird die Tatsachenquelle lokalisiert, aus der das Gericht für die Urteilsfindung schöpfen soll. Dies kann nur die Hauptverhandlung sein, die insoweit das Forum darstellt, auf dem die für die Schuld- und Straffrage maßgebenden Umstände auszubreiten sind.

30) Hauser, Protokollierung S. 1

31) Dies wird vorwiegend auf der Grundlage von Gesetzesauslegungen geschehen. Zwar wäre es grundsätzlich wünschenswert, die gefundenen Ergebnisse daraufhin zu überprüfen, ob ihnen eine gleichlautende Praxis gegenübersteht, oder ob diese - praeter legem - andere Lösungen anbietet. Dies würde aber zum einen den hier angesprochenen thematischen Zusammenhang sprengen. Zum anderen ist es für einen Nichtschweizer kaum möglich, zu einigermaßen repräsentativen empirischen Erfahrungen über die Eigenständigkeit der Praxis gegenüber den gesetzlichen Leitbildern zu gelangen.

32) So E. Meier, Verfahrensgrundsätze S. 106 überwiegend unter Berufung auf deutsche Literatur; v. Cleric, Unmittelbarkeit SJZ 12 (1915), 41; Hauser, Protokollierung aaO; ders. Ostschweizerische Kantone S. 129; Noll, Strafprozeßrecht S. 91; Zürcher, Unmittelbarkeit S. 95

Überwiegend wird der Grundsatz in seiner absoluten Form verstanden, wonach das in der Hauptverhandlung gesprochene Wort das allein zulässige Medium für die urteilsrelevanten Tatsachen sei, wonach also nur das Eingang in das Urteil finden dürfe, was mündlich in der Hauptverhandlung erörtert oder zumindest angesprochen worden sei. 33)

Eine offensichtlich die kantonale Praxis ins Auge fassende Definition Hausers 34) deutet auf einen weitgehend relativierten Standpunkt hin. Danach hätten die Untersuchungsakten, so die Ansicht der in der Literatur herrschenden Meinung, nicht lediglich die Funktion einer Orientierungshilfe für den Vorsitzenden bei der Verhandlungsleitung. Darüberhinaus dürften sie unmittelbares Erkenntnismittel des Gerichts sein, ohne daß es ihrer Verlesung in der Hauptverhandlung bedürfte. Der Fall, daß sich ein Urteil auf eine Tatsache stützt, die - in den Akten enthalten oder nicht - in der Hauptverhandlung nicht zur Sprache gekommen ist, wird von den genannten Autoren zumindest im Zusammenhang mit dem Mündlichkeitsgrundsatz 35) nicht ausdrücklich behandelt. Allein E. Meier 36) weist darauf hin und bezeichnet es als herrschende Lehre, daß das in der Hauptverhandlung nicht mündlich erörterte Aktenmaterial nicht zur Urteilsgrundlage werden dürfe, soweit es um den Mündlichkeitsgrundsatz gehe. 37)

- 33) Vgl. die oben FN 32 genannten Autoren mit Ausnahme von Hauser, Ostschweizerische Kantone S. 129
- 34) S. o. FN 33 : " Nicht allein der geschriebene Akteninhalt, sondern auch das gesprochene Wort soll (einzig oder in Verbindung mit den Untersuchungsakten) Urteilsgrundlage bilden." Zuvor wird gesagt, der Urteilsfindung solle eine Verhandlung vorangehen, in der die Parteien zu Wort kommen. - Bemerkenswert ist, daß die jüngste Äußerung Hausers in seinem Skriptum " Grundzüge des Strafprozeßrechts "St. Gallen 1977 S. 107 die Mündlichkeit allein als Formprinzip versteht.
- 35) Dieser Fall wird vielmehr unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des rechtlichen Gehörs behandelt, was prinzipiell wohl richtig ist, jedoch die sich gerade hier zeigende Berührungsfläche zur Mündlichkeit nicht deutlich macht. - Zum Anspruch auf rechtliches Gehör allgemein Hutzi, Schranken S. 163; im übrigen näher zu dem hier erwähnten Fall unten I c 2 (S. 70 ff)
- 36) Verfahrensgrundsätze S. 111
- 37) Das entspricht auch der im vorangegangenen Abschnitt behandelten deutschen herrschenden Meinung.

Hausers Formulierung, die daraus zu ziehenden Konsequenzen, sowie Hausers Hinweis darauf, daß die Mündlichkeit in jener relativen Form in den Strafprozeßordnungen der ostschweizerischen Kantone verwirklicht sei, laden ein, die schweizerischen Strafprozeßordnungen daraufhin zu untersuchen, welche Urteilsgrundlage dem Gericht (allein oder nicht) zur Verfügung steht. Bei dieser Gelegenheit wird zum einen eine gewisse Systematisierung versucht und zum anderen aufgezeigt, wie stark das kontradiktorische Element in der Hauptverhandlung verwirklicht ist. Letzteres wird vor allem an der Frage untersucht, ob der Vertreter der Anklage zum Erscheinen in der Hauptverhandlung verpflichtet ist, oder ob er seine rechtliche Würdigung des Falles und seine Anträge dem Gericht mit der Anklageschrift vor der Hauptverhandlung schriftlich übermitteln kann.

bb) Ohne Ausnahme sehen alle schweizerischen Strafprozeßordnungen eine mündliche Hauptverhandlung vor, die der Urteilsfällung vorauszugehen hat.³⁸⁾ Dies ergibt sich ganz allgemein aus denjenigen Vorschriften, die von "Verhandlung, débats, Abhörung, Verlesung, Befragung" sprechen. Eine Reihe von Kantonen kennzeichnet das Verfahren in der Hauptverhandlung ausdrücklich als mündlich oder spricht von mündlicher Hauptverhandlung.³⁹⁾ Vielfach wird auch in den in der Schweiz üblichen offiziellen Randbezeichnungen der Vorschriften die "Mündlichkeit" als Hauptverhandlungsgrundsatz aufgeführt.

In welcher Ausprägung ein Verfahren nach dem Grundsatz der Mündlichkeit ausgestaltet ist, zeigt sich u.a. an den kontradiktorischen Elementen der Hauptverhandlung. Beispielsweise ist die Verlesung der Anklageschrift⁴⁰⁾ oder gar die persönliche

38) Statt näherer Nachweise : Siehe die jeweiligen Gesetzestexte !

39) AG 29 I; BL 122 I 1; BS 168 I; FR 31 Nr. 5; GL 109; TG 156 I; VD 325 I; ZH 276 I. - Dort wo dieser ausdrückliche Hinweis fehlt, geht man von der Geltung des Mündlichkeitsgrundsatzes wie selbstverständlich aus. Besonders deutlich wird dies in den Kantonen BS und SH, die - ohne es ausdrücklich zu erwähnen - ein ausgeprägt mündliches Verfahren haben.

40) Nicht obligatorisch in AG, AR, AI, GL, LU, NW, OW, SO, TG, UR, ZG : Die Beteiligten sind gehalten, sich über deren Inhalt durch vorherige Akteneinsicht zu informieren, bzw. die Anklageschrift wird zur Kenntnisnahme übersandt.

Anwesenheit des Anklagevertreters nicht einmal in allen oben genannten Kantonen⁴¹⁾ obligatorisch, die ausdrücklich ein "mündliches" Verfahren vorschreiben. Im einzelnen kann man in dieser Frage folgende Fallgestaltungen feststellen:

--- Dem Staatsanwalt⁴²⁾ ist das Erscheinen in der Hauptverhandlung ohne weitere Einschränkung freigestellt.⁴³⁾

--- Der Staatsanwalt hat lediglich in Fällen schwererer Kriminalität zu erscheinen und die Anklage mündlich zu vertreten.⁴⁴⁾ Interessant ist, daß einige Kantone dem Gerichtsvorsitzenden das letzte Wort darüber lassen, wann der Staatsanwalt zu erscheinen habe.⁴⁵⁾ Für das zürcher bezirksgerichtliche Verfahren ist beispielsweise bestimmt⁴⁶⁾, daß die Anklage etwa dann mündlich zu vertreten ist, wenn eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr "beantragt" ist. Das Obergericht hat hierzu entschieden⁴⁷⁾, entgegen dem Gesetzeswortlaut sei maßgebend die Vorstellung des Gerichts

41) Nicht obligatorisch in AG, GL, TG und ZH.

42) Oder allgemein dem Vertreter der Anklage

43) AG 149 I; AR 76 III 2; AI 39 II; GL 122 I 1; ZG 37, 39

44) GR 100 II (vgl. dazu Tarnutzer, Stellung des Beschuldigten S. 133 f); LU 162 III; OW 112; SG 145 I 1; ZH Bezirksgericht 281, 283; so auch die Praxis in Vaud (zur Vorstellung des Gesetzgebers vgl. S. 39 FN 51), vgl. dazu Comptendu du Conseil d'Etat 1977 S. 18.

45) BS 166 II: Der Staatsanwalt kann bei Bagatellfällen auf Antrag freigestellt werden; BE 235 II: Der Vorsitzende lädt den Staatsanwalt in wichtigen Fällen, bei schwieriger Beweisführung und beim Auftreten eines Verteidigers; SZ 100 I; SG 145 III, 155 II; TG 152 I: Auf schriftlichen Antrag hin kann der Staatsanwalt freigestellt werden; 152 II: Vorladung ergeht immer wenn es zu Beweisaufnahmen in der Hauptverhandlung kommt.

46) § 281 I

47) Urteil der II. Kammer ZR 69 Nr. 71

von der in Frage kommenden Mindeststrafe.⁴⁸⁾ Das Obergericht erwähnt und verurteilt auch die latente Tendenz der Bezirksanwaltschaften, durch bewußt niedrige Anträge der Annahme einer notwendigen Verteidigung aus dem Wege zu gehen. Nach Ansicht des Obergerichts enthält § 281 I zwingendes Recht, das es dem Gerichtsvorsitzenden auch nicht gestattet, den Bezirksanwalt trotz eines Falles des § 281 I vom Erscheinen in der Hauptverhandlung zu dispensieren.⁴⁹⁾

--- Zwei Kantone bestimmen ausdrücklich, daß die Anwesenheit des Anklagevertreters in der Berufungsinstanz obligatorisch ist.⁵⁰⁾

--- In neun Kantonen sowie im Bund ist die Anwesenheit des Anklagevertreters in der Hauptverhandlung stets vorgesehen.⁵¹⁾

48) Dem lag der Fall zugrunde, daß das Bezirksgericht zunächst ohne den Bezirksanwalt verhandelte, jedoch bald feststellte, daß ein Fall notwendiger Verteidigung vorlag (§ 11 I 2), wofür exakt die gleichen Voraussetzungen gegeben sein müssen, wie gemäß § 281 I für das Erscheinen des Bezirksanwalts.

49) Kreisschreiben der Verwaltungskommission an die Bezirksanwaltschaften vom 9.7.69, ZR 68 Nr. 62

50) SZ 100 I; SO 123 II; - beide Vorschriften betreffen die Anwesenheit des Staatsanwaltes vor Kantons - bzw. Obergericht, wo außer Berufungen auch in einziger Instanz seltene Fälle von Schwerekriminalität verhandelt werden, die nicht in die Kompetenz des Schwurgerichts fallen. - Diese Regelungen werden deshalb besonders erwähnt, weil es offenbar weitverbreitete Praxis kantonalen Staatsanwaltschaften ist, Einfluß auf die Rechtsprechung der erstinstanzlichen Gerichte vorwiegend durch "Weiterziehung", d.h. Rechtsmitteleinlegung zu nehmen. Die Überwachung der Einhaltung eines prozeßförmigen rechtsstaatlichen Verfahrens durch die Staatsanwaltschaften findet weniger unmittelbar im Gerichtssaal, als vielmehr vom "grünen Tisch" aus statt. - Es ist aber - um Mißverständnissen vorzubeugen - darauf hinzuweisen, daß das Berufungsverfahren nach den Prozeßordnungen in einer eingeschränkten Mündlichkeit und Unmittelbarkeit stattfindet, was weitgehend der Disposition der Parteien unterliegt; vgl. dazu exemplarisch für AG E. Meier, Verfahrensgrundsätze S. 111 und 91 ff.

51) BL, FR, GE, NE, SH, UR, VA, VD (s.o. FN 44), ZH (Obergericht und Geschworenengericht)

Generell wird in den Fällen, in denen Anwesenheitspflicht nicht besteht, vom Staatsanwalt zusammen mit der Anklageschrift eine rechtliche Würdigung des Falles, verbunden mit konkreten und begründeten Strafanträgen, bei Gericht eingereicht. Ergeben sich in der Verhandlung rechtlich oder tatsächlich von der Anklageschrift abweichende Gesichtspunkte, so werden diese vom Staatsanwalt aufgrund der Hauptverhandlungsakten⁵²⁾ gewürdigt und dem Gericht mit eventuell geänderten Anträgen schriftlich übermittelt. In aller Regel wird dieses Verfahren geübt, wenn es sich um geständige Angeklagte handelt, wenn weder ein Verteidiger auftritt, noch Beweisaufnahmen vor Gericht stattfinden, welches letzteres der Staatsanwalt aus der durchweg vorgeschriebenen Mitteilung des Vorsitzenden entnehmen kann, daß eine Hauptverhandlung stattfindet und welche Beweismittel zur Hauptverhandlung herbeizuschaffen sind.

Die Anwesenheit beider Parteien in der Hauptverhandlung ist ein wesentliches Element der mündlichen Verhandlung, deren Wert allenthalben⁵³⁾ zu Recht darin gesehen wird, daß die sich in Rede und Gegenrede abspielende Verhandlung der Parteien für eine umfassende und erschöpfende Ausmittlung von Tat und Täterpersönlichkeit bürgt.

52) Evtl. nach Unterbrechung der Hauptverhandlung

53) Vgl. nur Zürcher, Unmittelbarkeit S. 91; E.Meier, Verfahrensgrundsätze S. 108

Die Praxis macht hiervon vor allem in den häufigen Fällen leichter Kriminalität ⁵⁴⁾ keinen Gebrauch. Dem Grundsatz der Mündlichkeit wird insoweit der Praxis zufolge bereits dadurch " Rechnung getragen", daß die Parteien (insbesondere der Staatsanwalt) ordnungsgemäß geladen werden. ⁵⁵⁾

Demgegenüber wird in den Fällen von (vom Strafmaß her) größerer Bedeutung genau auf das kontradiktorische Element der Hauptverhandlung geachtet. ⁵⁶⁾ Hier wird deutlich ausgesprochen, daß man von einer " Verhandlung " kaum noch sprechen könne, wenn diese nur aus dem Plädoyer des Verteidigers bestehe. Wo das Gesetz eine Verhandlung über die Schuldfrage vorschreibe, sei die Anwesenheit und Beteiligung des Staatsanwalts unumgänglich, da dieser anders kaum seiner gesetzlichen Doppelfunktion nachkommen könne. ⁵⁷⁾

- 54) Wenn Zürcher aaO S. 93 FN 64 meint, dies sei durch die "geringe Bedeutung der Fälle" gerechtfertigt, so kann dem nicht zugestimmt werden. - Im Kanton Solothurn hat die Abwesenheit des Staatsanwalts in leichten amtsgerichtlichen Fällen einen organisatorischen Hintergrund: Gemäß §§ 11, 12 des Gesetzes über die Gerichtsorganisation ist der Amtsgerichtspräsident zugleich Untersuchungsrichter (für den gesamten Deliktskanon). Die Stellung der Staatsanwaltschaft in amtsgerichtlichen Fällen kann als untergeordnet bezeichnet werden. - Die Totalrevision des so GOG vom 19.1.77 (in Kraft frühestens Anfang 1978) hebt die Personalunion zu einem Teil auf : Der Amtsgerichtspräsident ist nunmehr Untersuchungsrichter nur für die Fälle, die er selbst als Einzelrichter (Strafrahmen bis 3 Monate Haft) beurteilt. - Die Nachteile der Personalunion werden somit gerade für die Fälle nicht beseitigt, in denen sie besonders gravierend auftreten. (Dazu näher "Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 23.1.1976" S. 8) - Auch die neue Regelung führt nicht zu einer Änderung der Vertretungspraxis : Da eine Anklageerhebung vor Amtsgericht regelmäßig nicht vorgesehen ist (§ 72 II GOG n.F.), entfällt in der Regel auch die Verpflichtung zur Anklagevertretung (§ 73 I, III GOG n.F.).
- 55) So Zürcher, aaO S. 92
- 56) Siehe etwa ZH Obergericht ZR 69 Nr. 71: Es solle Waffengleichheit herrschen, wenn notwendige Verteidigung vorliege. Der Staatsanwalt solle auch zu ergänzenden Auskünften über die Untersuchung zur Verfügung stehen. Schließlich habe der Angeklagte ein Recht darauf, daß der Staatsanwalt die Gründe für die Anklage mündlich vortrage.
- 57) Vgl. ZH § 283 V

Zum einen habe er den staatlichen Strafanspruch nach außen zu vertreten, zum anderen habe er aber auch alle zugunsten des Angeklagten sprechenden Umstände gleichermaßen zu berücksichtigen.⁵⁸⁾

Als zweite elementare Frage des Mündlichkeitsprinzips soll nun untersucht werden, welche Urteilsgrundlage die einzelnen Prozeßordnungen vorsehen.

Vorab kann gesagt werden, daß es den reinen inquisitorischen Aktenprozeß in der Schweiz heute nicht mehr gibt.⁵⁹⁾

Umgekehrt ist der streng mündliche Prozeß nur in den Kantonen Basel -Stadt, Bern und Schaffhausen verwirklicht. Bern und Schaffhausen gehören zu den wenigen Kantonen, deren Strafprozeßordnungen ausdrücklich in der Hauptverhandlung die alleinige Urteilsgrundlage sehen.⁶⁰⁾

-
- 58) ZH Obergericht Kreisschreiben in ZR 68 Nr. 62. - Diese Sätze können nicht ohne weiteres auf die Schweiz in toto übertragen werden. Mangels weiterer Anhaltspunkte ist wohl davon auszugehen, daß sie anwendbar sind auf die Kantone, die die Abwesenheit des Staatsanwalts an bestimmte klar umrissene Voraussetzungen knüpfen. (S.o. FN 45) Unzweifelhaft ist ihre Anwendbarkeit auf die Kantone mit obligatorischer Anwesenheit des Staatsanwalts.
- 59) Der letzte Kanton war Wallis (VA); vgl. v.Cleric, Unmittelbarkeit SJZ 12 (1915), 42
- 60) BL 134 Satz 1 : " nach dem Ergebnis der Verhandlung"; BE 254:" aufgrund der Hauptverhandlung", 255 I : " nach dem Ergebnis der Verhandlung"; GR 125 II : der Richter befindet über die Tat nach seiner " in der Hauptverhandlung gewonnenen Überzeugung"; SH 218 I, II : der Richter schöpft seine Überzeugung " aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung", dies entspricht bis in die Formulierung der deutschen Regelung in den §§ 261, 264 I StPO; ausdrücklich äußert sich ferner die StPO Freiburgs (FR), 31 Nr. 1, allerdings in Form einer Sollvorschrift : " die Verhandlung soll dem Richter die Grundlage für sein Urteil bieten"; schließlich gehören hierher die Regelungen für das Bundesgericht (169, 182, 186 I BStPO), sowie die Vorschriften derjenigen Kantone mit klassischem Schwurgericht oder reformiertem Schöffengericht. Auf Einzelheiten und Nachweise wird hier verzichtet, da ein mündliches Verfahren für die Geschworenengerichte begriffsnotwendig ist, schon allein wegen der fehlenden Aktenkenntnis der Laienrichter. Vgl. näher für das zürcher Geschworenengericht Fehr, Geschworenengericht, insb. S. 121; ZH StPO 220 und Bundesgericht in ZR- 67 Nr. 132 S. 304.

Für Basel-Stadt ergibt sich dies aus dem Sinnzusammenhang des Gesetzes.⁶¹⁾ Gegenüber den drei eingangs genannten Kantonen (BS, BE, SH) ist bei den nachfolgenden Kantonen eine Einschränkung zu machen :

--- Basel-Landschaft ordnet " in verwickelten Fällen, in denen die Beweisaufnahme in der Hauptsache in der Bewertung von Urkunden, Sachverständigengutachten und dergleichen besteht "⁶²⁾ fakultative Aktenzirkulation unter den Richtern an. Vorgängige Aktenzirkulation und Mündlichkeitsprinzip sind aber Verfahrensweisen, die sich nur oberflächlich miteinander vereinbaren lassen. Entweder werden alle aus der Aktenzirkulation stammenden Erkenntnisse noch einmal mündlich in der Hauptverhandlung vorgetragen und erörtert, oder dies geschieht nicht⁶³⁾ wobei strenggenommen ein Verstoß gegen das Mündlichkeitsprinzip in Kauf genommen würde. Nicht abwägbare sind schließlich die Fälle nur auszugsweiser Verlesung, bei denen unter Umständen Urteilsgrundlagen unter Umgehung der Hauptverhandlung gewonnen werden.

--- Die Sollvorschrift im Kanton Freiburg⁶⁴⁾ hat einerseits in der Schweiz singulären Charakter, andererseits drückt sie ein im schweizerischen Strafprozeß überall anzutreffendes Zweckmäßigkeitsdenken aus. Prinzipiell schließt diese Vorschrift also nicht aus, daß der Richter seine Urteilsgrundlagen zum Teil auch aus den Untersuchungsakten nimmt, ohne diese Passagen in der Hauptverhandlung zu verlesen. Diese Möglichkeit wird jedoch in der Praxis auf solche Tatsachen beschränkt, die keine unmittelbare Bedeutung für die Schuld- oder Straffrage haben.

61) Die Richter haben grundsätzlich keine Aktenkenntnis, 168 Abs. II; die Urteilsgrundlagen werden deshalb in der Hauptverhandlung erörtert oder verlesen, 175 II e

62) BL 128 Nr. 5

63) Das hätte zum einen praktische Gründe; zum anderen fehlt eine gesetzliche Regelung des Falles; die systematische Stellung des § 128 Nr. 5 spricht eher dafür, daß die Aktenzirkulation als Verlesungersatz dient. Es handelt sich hierbei jedoch um Vermutungen des Verfassers, zu denen praktische Erfahrungen nicht zur Verfügung standen.

64) S. 0. IV. 60

Als Gesetzesverletzung wird es nur angesehen, wenn ein für den Angeklagten wesentlicher Punkt der Urteilsfeststellungen nicht in der Hauptverhandlung zur Sprache gekommen ist.⁶⁵⁾

--- Ein weitgehend vom Mündlichkeitsprinzip beherrschtes Verfahren finden wir in Graubünden. Hier ist die Hauptverhandlung Urteils- und Überzeugungsgrundlage mit der Folge, daß der Vorsitzende bei der Vernehmung des Angeklagten den wesentlichen Akteninhalt bekanntgibt.⁶⁶⁾ Ein übriges tut die Vorschrift des Art. 116, wonach auf Verlangen eines Richters oder einer Partei weitere Verlesungen stattfinden. Dies wird als Besonderheit deshalb erwähnt, weil dieses Beispiel zeigt, daß von der Idee her das Mündlichkeitsprinzip mehr sein will und mehr zu sein hat, als bloßes Formprinzip : Besteht nämlich letzteres nur darin, daß alle Urteilsgrundlagen in der Hauptverhandlung verlesen werden müssen, so erschöpft sich seine prozessuale Bedeutung letztlich in der Gewährung rechtlichen Gehörs. Eine Funktion bei der Wahrheitsfindung kommt ihm nicht zu, denn vom Erkenntniswert her ist die Kenntnisnahme der Urteilsgrundlagen durch Verlesen der Akten keineswegs höher zu veranschlagen, als die vorgängig der Hauptverhandlung stattfindende Aktenzirkulation. Mündlichkeit bleibt

- 65) Ständige Rechtsprechung des freiburger Kassationshofs; vgl. Urteil v. 11.7.1972 Extraits 1972 S. 97; v. 25. 3.1968 Extraits 1968 S. 133 m.w.N.
Die zuerst genannte Entscheidung hatte sich mit dem interessanten Fall zu befassen, daß sich ein Urteil zum Teil auf ein psychiatrisches Gutachten stützte, das in der Hauptverhandlung nicht verlesen worden war. Das Gericht verneinte einen wesentlichen Verfahrensverstöß, weil das Gutachten dadurch in den Prozeß eingeführt worden sei, daß die verlesene Anklageschrift nahezu ausschließlich auf diesem Gutachten aufgebaut habe. Darüberhinaus sei dem Angeklagten das Gutachten in anderem Zusammenhang bekannt gewesen.
- 66) GR 112 I : in diesem Zusammenhang erwähnenswert ist die Regelung im BUND vor Bundesstraegericht: Urteilsgrundlage ist zwar nur die Hauptverhandlung (169 II), es ist aber vorherige Aktenzirkulation vorgeschrieben (140 I). Vor den Bundesassisen entfällt die Aktenzirkulation zumindest für die Laienrichter, alleinige Urteilsgrundlage ist die Hauptverhandlung (182, 196 II, 186 I).

solange hohle Form, als nicht dem erkenntnispsycho-
logisch positiven Moment des Dialogs⁶⁷⁾ Rechnung ge-
tragen wird. Das würde aber bedeuten, daß das mündliche
zugleich ein zumindest formell unmittelbares Verfahren
sein müßte, indem insbesondere der Personalbeweis in
der Form des Dialogs durch Fragen und Ergänzungsfragen
in der Hauptverhandlung erschöpfend und präzise benutzt
wird.⁶⁸⁾ Das Beispiel Graubündens zeigt auch, daß ein
mündliches Verfahren sowohl ein unmittelbares wie auch
ein mittelbares Beweisverfahren zuläßt, daß andererseits
ein unmittelbares Beweisverfahren - im Bereich
des Personalbeweises - nur mündlich sein kann.

Die übrigen schweizerischen Prozeßordnungen gehen davon aus,
daß die Untersuchungsakten, wie auch die Hauptverhandlungs-
ergebnisse Urteilsgrundlage werden dürfen. Zwar war dies
materiell bei den oben genannten Kantonen nicht anders.
Die nachfolgend behandelten Prozeßordnungen setzen aber
ein durchgängig mündliches Verfahren nicht voraus, indem
das Gericht seine Überzeugung aus dem ganzen Strafverfahren
schöpfen kann. Im einzelnen ist die Variationsbreite groß,
wenn man auch gemeinsam davon ausgeht, daß die Hauptver-
handlung das ganze Spektrum des Prozeßstoffs weder bieten
kann noch bieten soll⁶⁹⁾, daß das Bild der Hauptverhandlung
also nur der Abrundung des Akteneindrucks⁷⁰⁾ dienen soll.

-
- 67) Gemeint ist hier der Dialog, die Rede und Gegenrede im
Detail; im Gegensatz dazu steht der zusammenfassende
"Dialog" der Plädoyers.
- 68) Die an dieser Stelle bereits eingeflossene Wertung gilt
natürlich außer für Graubünden für alle Prozeßordnungen
ohne durchweg unmittelbares Beweisverfahren.
- 69) Dazu näher unten II (S. 82 ff)
- 70) Der umgekehrte Fall ist zumindest in der Praxis selten.

--- Ausdrücklich in diese Richtung sprechen sich vor allem die Kantone aus, die Aktenzirkulation vor der Hauptverhandlung anordnen.⁷¹⁾

- 71) AG 28 I, 147; Aargau bietet insgesamt ein schönes Beispiel für ein Verfahren, das sich als mündlich bezeichnet, es jedoch im eigentlichen Sinne weder von der gesetzlichen Regelung, noch von der Praxis her ist. Es ist zwar vorgesehen, daß in der Hauptverhandlung alles Wesentliche vorgelesen oder vorgelegt wird, wenn nicht die Parteien darauf verzichten (158); das Gericht kann aber auch das in den Akten festgehaltene Beweismaterial verwerten, was von einer vorherigen Verlesung in der Hauptverhandlung nicht abhängig ist; so deutlich Brühlmeier, Strafverfahren § 28 Anm. 1, § 29 Anm. 2 a.E. - Der hiergegen gerichtete Protest E. Meiers, Verfahrensgrundsätze S. 106 f weist ihn zwar als Verfechter eines echten Mündlichkeitsprinzips aus, läßt sich aber mit den gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbaren, ebenso wenig seine Ansicht, das Mündlichkeitsprinzip sei in Art. 62 I der Kantonsverfassung verankert. Richtig könnte man sagen, das Mündlichkeitsprinzip sei vorgesehen, nicht jedoch vorgeschrieben. --
- AR 83 I; die Parteien und das Gericht lesen die Akten grundsätzlich vor der Hauptverhandlung, dortselbst finden Verlesungen nur auf besonderen Antrag (77 I, 80 III, IV 1) oder nach dem Ermessen des Vorsitzenden statt (82 I 2). Der Entwurf des Regierungsrates v. 10.5.1977 AR ändert an diesen Grundzügen nichts : Nach E 25 I ist " das ganze Verfahren " Überzeugungsgrundlage. - SG 167, 147; die Parteien können die Verlesung der Überweisungsverfügung auf den Anklagesatz beschränken, "wenn die Kenntnis der Untersuchungsergebnisse sichergestellt ist" (155 II), im übrigen liegen Verlesungen von Amts wegen oder auf Antrag im Ermessen des Vorsitzenden (160). Bei dieser Regelung wird die allseitige Aktenkenntnis vorausgesetzt, deshalb dienen Verlesungen in der Hauptverhandlung eher dazu, eine versäumte oder ungenügende Akteneinsicht zu ersetzen, als daß sie Ausdruck eines richtig verstandenen Mündlichkeitsprinzips sind. -- TG 158 II, 160 II, 151 II; die letztgenannte Vorschrift gestattet, in dringenden Fällen von der vorgängigen Aktenzirkulation Abstand zu nehmen; nicht bekannt ist, was in der Praxis als dringender Fall gilt; indirekt läßt diese Regelung den Schluß zu, daß der zeitliche Aufwand einer vorgängigen Aktenzirkulation nicht unerheblich ist; der erhebliche Zeitaufwand ist es aber gerade, den die Kritiker gegen das mündlich-unmittelbare Verfahren anführen. M.E. werden beide Verfahrensweisen gleich zeitaufwendig sein, wenn man jeweils den gleichen Gründlichkeitsmaßstab anlegt. -- UR 98 II : es " dürfen nur die in den Akten vorhandenen Feststellungen und gegebenenfalls das Ergebnis der richterlichen Beweiserhebungen berücksichtigt werden"; 80I: "vor der Hauptverhandlung legt der Staatsanwalt die Akten samt seinem schriftlichen Antrag bei der Gerichtskanzlei zur Einsicht der Richter und Beteiligten auf"; - die Praxis macht offenbar lieber von einer - zwar nicht vorgesehenen, aber auch nicht ausgeschlossenen - Verlesung der wichtigsten Aktenstücke Gebrauch; so Regli, Strafverfahren S. 121/122 FN 193.

Das Gericht schöpft seine Überzeugung hier " aus dem ganzen Verfahren " oder " aus den Akten und der Hauptverhandlung".

--- Eine Anzahl weiterer Kantone entscheidet sich ebenfalls ausdrücklich dafür, daß der Richter seine Überzeugung dem ganzen Verfahren, also auch den Untersuchungsakten entnehmen soll. Diese Kantone haben gemeinsam, daß sich die Kenntnisnahme der wesentlichen Urteilsgrundlagen in der Regel in der Hauptverhandlung durch Verlesen der wesentlichen Aktenstücke abspielt. Gleichwohl ist die vorgängige Aktenkenntnis aller Richter ⁷²⁾ nicht ausgeschlossen. Die Vermutung liegt nahe, daß diese Regelung von der Erkenntnis beeinflußt ist, daß die Verlesung der Akten vor allen Richtern in aller Regel weniger Zeit in Anspruch nehmen wird als eine vorherige Aktenzirkulation. ⁷³⁾

Eine besonders vielfältige Verfahrensgestaltung findet sich in den Kantonen, deren Prozeßordnungen sich ausdrücklich über die Urteilsgrundlagen nicht aussprechen. ⁷⁴⁾ Die Verfahrensordnungen deuten jedoch darauf hin, daß das Gericht bei der Urteilsfindung nicht auf die Würdigung der Hauptverhandlungsergebnisse beschränkt ist.

72) Hier ist die Rede nur von Gerichten, die nicht Schwur- oder Geschworenengerichte sind !

73) AI 51 I 2, 48 S. 2, 45 S. 1 ;
NE 224;
VA 139 II, 132; das Wallis gehört historisch zu den Kantonen, in denen nach Anfang dieses Jahrhunderts das gesamte Aktenmaterial obligatorisch in der Verhandlung zu verlesen war; vgl. Bachtler, Der Angeschuldigte S. 493 (für OW, SZ, UR und VA), S. 495 : " Die Aktenverlesung geht nach dem bekannten Verfahren vor sich, daß der Gerichtsschreiber gewöhnlich auf der ersten Seite anfängt und liest und liest, bis er durch ist !" -
ZH 276 III (Obergericht : es handelt sich um Fälle von Schwerkriminalität, geständige Täter und Berufungen), 284 (Bezirksgericht) vgl. Bundesgericht v. 18.1.1958 ZR 67 Nr. 132 S. 304

74) GE, GL, LU, NW (für die alte StPO von 1943), OW, SO, SZ, VD, ZG .

Am deutlichsten spricht sich noch die StPO von Zug aus ⁷⁵⁾, wonach es Aufgabe der Richter sei, die "vorliegenden Beweisergebnisse" zu würdigen. Diese Aufgabe ist zweifellos dort besonders ausgeprägt, wo die Richter mit vollständiger Aktenkenntnis in die Verhandlung gehen. ⁷⁶⁾ Regelmäßig sind hier die vollständigen Akten Beratungsgegenstand.

Dagegen werden die Untersuchungsergebnisse weitgehend durch Verlesen in die Verhandlung eingeführt in den Kantonen Genf, Glarus ⁷⁷⁾, Schwyz (Obergericht) ⁷⁸⁾ und Waadt ⁷⁹⁾.

-
- 75) ZG 55 II; gemäß 43 IV ist der Vorsitzende frei, vor der Verhandlung Aktenzirkulation anzuordnen; er kann auch einen Referenten für die Hauptverhandlung bestimmen; andererseits besteht auch die Möglichkeit, "zur Orientierung der Richter" Aktenteile vorzulesen (53).
- 76) LU 161 II 2, 167;
OW 106: Der Gerichtspräsident sorgt dafür, daß die Richter bis zu dem Beginn der Parteivorträge "genügend Kenntnis der Untersuchungsakten" erhalten; vom Wortlaut her ist zwar eine Aktenverlesung in der Hauptverhandlung nicht ausgeschlossen, die Vorschrift steht jedoch zu Beginn des Abschnitts "Vorbereitung der Hauptverhandlung", so daß angenommen werden darf, daß in aller Regel Aktenzirkulation stattfindet. Dafür spricht weiter, daß die Verfahrensordnung nicht einmal Verlesungen auf Antrag regelt.
SO 106 I: Grundsätzlich findet Aktenzirkulation statt ohne daß Aktenverlesung zu Beginn der Hauptverhandlung ausgeschlossen ist.
SZ 101 II (Einzelrichter und Bezirksgericht): Aktenkenntnis des Gerichts ist selbstverständlich; die Parteien können sogar auf jeglichen Vortrag verzichten und die Würdigung der Akten dem Gericht überlassen.
- 77) Vgl. GL 121; Streiff, Strafrechtspflege S. 237/238, hält zwar dafür, daß Urteilsgrundlage nur das in der Verhandlung Vorgebrachte sei, bemerkt aber richtig (S. 238 FN 18), daß hierzu nicht passen will die Regelung des § 130 I, wonach die Richter zu Beginn der Beratung die Verlesung von Aktenstücken verlangen können. In der Tat ist so den Parteien die Kontrolle über den der Beratung zugrundeliegenden Prozeßstoff entzogen.
- 78) SZ 91 I
- 79) Verlesungen finden statt, soweit zum Zwecke der Beweisaufnahme erforderlich, von Amts wegen oder auf Antrag; VD Art. 341 ZPO; vgl. Gilliéron, Procédure S. 213 f

Eine Sonderstellung nahm die alte StPO von Nidwalden (1943) ein, derzufolge ⁸⁰⁾ in der Verhandlung lediglich ein die Untersuchung zusammenfassender Prozeßbericht verlesen wurde. Daß die Parteien darauf auch allseits verzichten konnten, deutet darauf hin, daß vornehmlich die Akten Beratungsgegenstand waren.

Zusammenfassend und vorsichtig wertend kann wohl gesagt werden, daß ein im strengen Sinne mündliches Verfahren am ehesten anzutreffen ist in den Kantonen ⁸¹⁾, die sowohl eine ausgeprägt kontradiktorische Verhandlung haben, als auch eine Urteilsfällung aufgrund der Ergebnisse der Hauptverhandlung. Das letztgenannte Element ist betont in den Kantonen, in denen die Verhandlung allein Urteilsgrundlage ist. ⁸²⁾ Die Verwendung der Untersuchungsakten ist hier nur über eine mündliche Einführung in die Hauptverhandlung gestattet. Letzteres dürfte dort nicht zwingend vorgeschrieben sein, wo ausdrücklich oder aus dem Sinnzusammenhang die Akten - allein, bzw. in Verbindung mit der Hauptverhandlung - Urteilsgrundlage sind. Dies ist bei der Mehrzahl der Kantone der Fall. ⁸³⁾ Als Verletzung des Mündlichkeitsprinzips wird es allgemein angesehen, wenn sich das Urteil auf Tatsachen stützt, die etwa dem privaten Wissen des Richters entstammen, oder sonst sich weder aus den Akten, noch aus der Verhandlung ergeben. ⁸⁴⁾

80) NW (a.F.) 42 III 1

81) BL, SH

82) BL, BS, BE, FR, GR, SH, ZH (Geschworenengericht)

83) Die entscheidende Frage, ob das Urteil sich auf eine nicht in die Verhandlung eingeführte aktenkundige Tatsache stützen darf, läßt sich nicht eindeutig beantworten. Dagegen spricht, daß man sich allenthalben zum Mündlichkeitsprinzip bekennt, dafür spricht oft die Konstruktion des Erkenntnisvorgangs, Rechtsprechung zu dieser Frage stand nicht zur Verfügung.

84) Regli, Strafverfahren S. 121 FN 191; vgl. ferner Kassationsgerichtshof Zürich v. 1.9.1975 Rechenschaftsbericht 1975 Nr. 44 S. 298; - Genauer dürfte es jedoch sein, hier in erster Linie von einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu sprechen.

cc) In weit stärkerem Maße als in Deutschland finden wir in der Literatur ⁸⁵⁾ und der Rechtsprechung eine begriffliche Vermengung der Prinzipien Mündlichkeit und Unmittelbarkeit. In der Rechtsprechung ist dies besonders auffällig. Eine historisch bedingte und deshalb weitverbreitete Unkorrektheit ist es, in der Frage der Verlesung von Untersuchungsprotokollen eine Verletzung (auch) des Mündlichkeitsprinzips anzunehmen. ⁸⁶⁾ Unzutreffend ist es auch, wenn das Bundesgericht vom "Grundsatz der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit" spricht, wenn es um die Frage geht, ob die Schlüsse, die das Gericht letztlich aus den in der Verhandlung festgestellten Tatsachen zieht, auch schon in der Verhandlung zur Sprache kommen müssen. ⁸⁷⁾ Kaum als "falsa demonstratio" zu werten ist die Ansicht des Bundesgerichts, § 169 II BStPO sei Sitz des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. ⁸⁸⁾ Der freiburger Kassationshof, der ansonsten in ständiger Rechtsprechung die Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit verletzt sieht, wenn sich das Urteil auf nicht verlesene Polizeiprotokolle stützt ⁸⁹⁾, verwendet sinngemäß folgende mißverständliche Formulierung: Art. 31 CPP beeinhaltet den Grundsatz der Mündlichkeit, wonach der Richter seiner Überzeugung nur die vor seinen Augen abgelaufene mündliche Verhandlung zugrundelegen dürfe (Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweise). ⁹⁰⁾

85) Ein besonders krasses Beispiel hierfür bietet Scherrer, Prozeßmaximen S. 91 ff, der bei der Untersuchung der Prinzipien in der MStGO stereotyp beide Prinzipien jeweils im gleichen Satz- und Sinnzusammenhang nennt, obwohl er theoretisch zu einer zutreffenden Trennung gelangt war (S. 86/87).

86) Vgl. etwa Obergericht Bern v. 11.6.1948 ZBJV 88, 122; Kassationshof Freiburg Extraits 1961, 192

87) Diese Frage ist nach dem Mündlichkeitsprinzip, das hier allein berührt ist, zu verneinen. Vgl. Kassationshof des Bundes BGE 97 IV, 137 (143)

88) § 169 II lautet: "Es (das Gericht; Anm. d. Verf.) darf dabei nur die in der Hauptverhandlung gemachten Feststellungen berücksichtigen". Siehe Bundesgericht BGE aaO S. 142

89) Extraits 1972, 97; 1968, 133; 1965, 83; 1962, 142

90) Extraits 1962, 142

In der neueren Literatur ist die sehr enge Definition des Mündlichkeitsprinzips von Pfenninger ⁹¹⁾, wonach Mündlichkeit die Unmittelbarkeit der Zeugenaussage sei, nicht aufgenommen worden. Die Sonderung beider Prinzipien ⁹²⁾ wird in der gleichen Weise vorgenommen, wie in der jüngeren deutschen Literatur. ⁹³⁾

91) Probleme S. 41

92) Ein Vorgang, der seine Schwierigkeiten vor allem in Bezug auf einen konkreten prozessualen Sachverhalt hat.

93) Vgl. E.Meier, Verfahrensgrundsätze S. 109; Scherrer, Prozeßmaximen S. 86/87; im übrigen vgl. oben FN 5 und 6

b) Unmittelbarkeit - Konzentration - Verhandlungseinheit

1. Deutsches Recht

aa) Die Konzentrationsmaxime, im deutschen Recht in den §§ 228, 229, 268 III und 275 StPO⁹⁴⁾ verankert, hat zwei Zielrichtungen. Es wird zum einen durch das Gebot der Beschleunigung Einfluß genommen auf die Dauer der Hauptverhandlung im Interesse des Angeklagten, für den die Belastungen des Verfahrens ein unumgängliches und zumutbares Maß nicht übersteigen sollen.⁹⁵⁾ Zum anderen wird Rücksicht genommen auf das natürlicherweise begrenzte menschliche Erinnerungsvermögen. Je kürzer die Hauptverhandlung ist, desto frischer und lebendiger ist der Eindruck, aufgrund dessen der Richter seine Entscheidung fällt. Schließlich ist nicht zu übersehen, daß die Beschleunigung des Strafverfahrens einem rechtspolitischen Anliegen entspricht, denn sie ist geeignet, das Vertrauen des Volkes in die Justiz zu stärken.

Indem die Konzentrationsmaxime somit auch der materiellen Qualität der Urteile dienen soll, berührt sie sich mit der formellen Unmittelbarkeit, die ebenfalls - als Erkenntnisprinzip - die Wahrheitsfindung durch einen unmittelbar sinnlichen Sachverhaltseindruck fördern will. Gleichwohl besteht kein Bedürfnis, beide Prinzipien über diesen Zusammenhang hinaus als verwandt zu bezeichnen. Die Dauer des Strafverfahrens hat augenscheinlich nichts mit dem Verhältnis des Gerichts zu den Beweismitteln zu tun, wenn man davon absieht, daß streng genommen die konsequente Durchführung einer

94) Die Vorschriften beinhalten das Verfahren und die Fristen bei Unterbrechungen bzw. Aussetzungen, Fristen für die Urteilsabfassung und die Urteilsverkündung; vgl. näher Rieß, Reform des Strafverfahrensrechts NJW 1975, 86 ff

95) Dies ist die Verwirklichung einer Forderung der MRK (Art. 6 I 1), die dem Beschuldigten einen unmittelbaren Anspruch auf Beschleunigung des Strafverfahrens gibt; vgl. OLG Karlsruhe NJW 1972, 1907; die Problematik des überlängten Strafverfahrens ist noch nicht ausdiskutiert. Nach h.M. gilt eine unangemessene Verfahrensdauer weder als Verfahrenshindernis, noch als Revisionsgrund: BGHSt 21, 81; OLG Hamm NJW 1975, 702; anders jedoch bei direkter Verletzung der §§ 228, 229 (relativer Revisionsgrund, BGHSt 23, 224, (275 (absoluter Revisionsgrund, § 338 Nr. 7).

formellen Unmittelbarkeit zu einer Verfahrensverlängerung dadurch führen kann, daß das bereits in der Untersuchung sorgfältig zusammengestellte Beweismaterial in der Hauptverhandlung erneut und ausführlich auszubreiten ist.⁹⁶⁾

bb) Während sich die Konzentrationsmaxime auf den äußeren Ablauf der Verhandlung bezieht, hat der Grundsatz der Verhandlungseinheit das Gericht selbst, die Richterpersonen, zum Bezugspunkt. Alle an der Urteilsfällung beteiligten Richter müssen nämlich der Verhandlung von Anfang bis Ende beigewohnt haben.⁹⁷⁾ Eine enge Beziehung zum Unmittelbarkeitsgrundsatz können nur diejenigen annehmen, die den Grundsatz auf die ganze Hauptverhandlung beziehen, die somit in der Unmittelbarkeit ganz allgemein die Forderung nach eigener sinnlicher Wahrnehmung der Hauptverhandlung durch die Prozeßbeteiligten sehen.⁹⁸⁾ Es dient jedoch der begrifflichen und sachlichen Klarheit, wenn einerseits die Unmittelbarkeit nur auf die Beweisaufnahme bezogen, andererseits dem Grundsatz der Verhandlungseinheit eine eigenständige Bedeutung beigemessen wird.⁹⁹⁾ Dann nämlich ist die Verhandlungseinheit nicht Teilaspekt der Unmittelbarkeit. Vielmehr bedingen sich beide Grundsätze gegenseitig: Weil der Grundsatz der Unmittelbarkeit fordert, daß alle Urteilsgrundlagen in der Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht auszubreiten sind, gibt es den Grundsatz der Verhandlungseinheit, der durch das Gebot ununterbrochener Anwesenheit die Vorteile der Unmittelbarkeit sichert.

96) Stellt sich etwa in der Hauptverhandlung bei einem Zeugen (im Gegensatz zur Ermittlung) eine Erinnerungslücke heraus, so ist das Gericht gezwungen, dem drohenden Beweisverlust durch zeitaufwendige Vorhalte, Zeugen vom Hörensagen oder Indizienbeweise entgegenzuwirken.

97) § 226 : " Die Hauptverhandlung erfolgt in ununterbrochener Gegenwart der zur Urteilsfindung berufenen Personen ... "; beim Ausfall eines Richters muß ein Ersatzrichter berufen werden, der allerdings der bisherigen Verhandlung lückenlos beigewohnt haben muß; ebenso bei einer Befangenheitsablehnung : Der neue Richter muß der bisherigen Verhandlung gefolgt sein; gelingt dies nicht, ist die Verhandlung zu wiederholen; vgl. auch § 338 Ziff. 1 u. 5.

98) Vornehmlich die ältere Literatur, vgl. Birkmeyer, Strafprozeßrecht S. 509 ff; Glaser, Handbuch I S. 249; allerdings ist auch die Rechtsprechung des BGH nicht frei von Abgrenzungsschwierigkeiten gewesen. Vgl. BGHSt 5, 354 (355); 18, 51 (52).

99) Das gilt in gleichem Maße für die Konzentrationsmaxime.

2. Schweizerisches Recht

aa) Es fällt schwer, für das schweizerische Recht von " der " Konzentrationsmaxime zu sprechen. Abgesehen davon, daß alle schweizerischen Prozeßordnungen ausdrücklich oder konkludent den Willen zur Beschleunigung des gesamten Strafverfahrens erkennen lassen ¹⁰⁰⁾, ist das eigentliche Anliegen des Grundsatzes, nämlich die Hauptverhandlung möglichst ohne Unterbrechung in einem Zug durchzuführen, um dem Richter ein geschlossenes und frisches Bild zu vermitteln, in unterschiedlicher Intensität verwirklicht.

(1) Eine Anzahl von Kantonen ¹⁰¹⁾ verzichtet auf eine gesetzliche Regelung der Frage, ob, in welchem Umfang und ggf. mit welchen Folgen Unterbrechungen der Hauptverhandlung möglich sind. Der Richter ist hier in der Verhandlungsgestaltung sehr frei, wobei nicht zu übersehen ist, daß die Hauptverhandlung hier ¹⁰²⁾ kaum einem weiteren Zweck dient, als Qualität und Vollständigkeit der Untersuchungsakten in öffentlicher Sitzung zu prüfen. ¹⁰³⁾ Ist nämlich nicht allein die Hauptverhandlung Erkenntnisquelle, so besteht natürlich kein Bedürfnis nach ausgeprägter Konzentration, wenngleich sie de facto als Verfahrensgrundsatz unbestritten ist.

(2) Die Kantone Aargau, Bern, Obwalden und Uri statuieren in diversen Vorschriften lediglich eine allgemeine

100) Der allgemeine Beschleunigungsgrundsatz berührt Probleme der Menschenwürde, sowie Fragen der Verfahrenseffektivität. Diese Gesichtspunkte müssen aber bei der Untersuchung der Probleme der Unmittelbarkeit außer Acht gelassen werden.

101) AR, AI, GL, LU, NW, SO, ZG

102) Wie in der Mehrzahl der Kantone

103) Die praktisch bedeutsame "Aktenrückverweisung " zur Ergänzung der Untersuchung wird offenbar so gehandhabt: Regelmäßig (z.B. AI 49, GL 113 II) dürfte nach Rückkunft der Akten eine neue Verhandlung stattfinden, wobei allerdings bereits erledigte Vorfragen ausgenommen sind.

Pflicht zur Beschleunigung des Verfahrens.¹⁰⁴⁾

(3) Weitverbreitet sind Regelungen, die die Konzentrationsmaxime in der Form eines Appells an den Richter verwirklichen. Danach soll die Verhandlung nach Möglichkeit ohne Unterbrechung durchgeführt, oder aber nur soweit erforderlich unterbrochen werden. Der Richter hat mit diesen Generalklauseln einen weiten Spielraum.¹⁰⁵⁾ Hinter diesen Vorschriften¹⁰⁶⁾ steht u.a. die Absicht, die Verhandlung nur soweit zu unterbrechen, als es ggf. zur Erholung der Beteiligten erforderlich ist.

(4) In Freiburg¹⁰⁷⁾ kann der Präsident im Falle der Vertagung die Wiederholung der Verhandlung anordnen, wobei allerdings erledigte Vorfragen prozessualer Natur erledigt bleiben.

(5) Weitergehend sind die Regelungen in Graubünden, Wallis und Zürich¹⁰⁸⁾, wo einerseits das Gericht

104) AG 30, 167, 162 II (hier ist von "Aussetzung" der Verhandlung die Rede - also Neubeginn -, wenn wegen neuer Delikte ermittelt werden muß; s.o. FN 103); die Ansicht E. Meiers, Verfahrensgrundsätze S.133, in den genannten Vorschriften sei das Konzentrationsprinzip ausgeprägt verwirklicht, findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze.

BE 217 (Frist zur Urteilsausfertigung bei Amtsgerichts- und Einzelrichtersachen);
OW 108, 127 II; UR 105 II

105) Sanktionen sind nicht vorgesehen.

106) NE 197 III; SZ 87 I 2; SG 150; TG 162 II; TI 186, 206; VD 325, 365; BUND 150, 168 I; MStGO 135

107) FR 37 Nr. 3

108) GR 118 IV (Unterbrechung maximal 1 Monat). - Daß die Mißachtung der Konzentrationsmaxime in aller Regel auch einen Verstoß gegen das Gebot grundsätzlich unmittelbarer Beweisaufnahme nach sich zieht, zeigt deutlich eine Entscheidung des Kantonsgerichtsausschusses vom 14.3.1964 in PKG 1969 Nr. 71: Die Richter hatten die Urteilsberatung ca. 6 Monate unterbrochen und "standen somit nicht mehr unter dem unmittelbaren Eindruck der Verhandlung ... Es ist vielmehr anzunehmen, daß sie nach so langer Zeit nicht einmal mehr deren wesentliche Ergebnisse kennen. Im besten Fall konnten sie sich somit bei der zweiten Beratung noch auf die Akten stützen. Im Ergebnis führt ... (das; Erg.d.Verf.) zu einem reinen Aktenprozeß ...". VA 122 (eine sehr ausführliche Regelung, die viele Eventualitäten ergreift und unter Abs. VI ausdrücklich auch ein Eingreifen von Amts wegen vorsieht.)
ZH 184

-unausgesprochen- nach längerer Unterbrechung eine völlig neue Verhandlung anordnen kann. Zum anderen ist den Parteien, insbesondere der Verteidigung, das Recht eingeräumt, den Neubeginn der Verhandlung zu verlangen, worauf zwingend einzutreten ist.

Ein etwas näherer Blick soll der Rechtslage in Zürich gelten:

Dort muß die Verhandlung -vorbehaltlich verfügbarer Ruhepausen- ohne Unterbrechung zu Ende geführt werden.¹⁰⁹⁾ Sofern gleichwohl Unterbrechungen notwendig sind, dürfen diese allenfalls zwei Wochen dauern, andernfalls die Verhandlung auf Verlangen des Angeklagten oder der Verteidigung zu wiederholen ist.¹¹⁰⁾ Diese Frist ist insbesondere dann kurz bemessen, wenn sich in der Verhandlung die Notwendigkeit eines ärztlichen oder psychiatrischen Gutachtens ergeben sollte.¹¹¹⁾ Da der Angeklagte selbst (oder die Verteidigung) die Einhaltung der Frist überwachen muß¹¹²⁾, wird die Konzentrationsmaxime als verzichtbarer Verfahrensgrundsatz verstanden, obwohl er nicht allein eigene Rechte des Angeklagten wahren soll. Die Durchführung der Hauptverhandlung in einem Zug soll nämlich den sinnlich erfassbaren Zusammenhang des Tatsachenstoffs wahren und somit der Qualität der Wahrheitsfindung dienen.

(6) Bei Überschreitung einer bestimmten Unterbrechungsfrist ist lediglich in vier Kantonen eine Wiederholung der Hauptverhandlung von Amts wegen vorgesehen.¹¹³⁾

109) ZH 183 I

110) ZH 184

111) Vgl. den Fall Obergericht Zürich v. 14.8.1959 ZR 59 Nr. 74

112) Kassationsgericht Zürich v. 16.9.1963 SJZ 1964, 12 : Der Richter ist nicht verpflichtet, den Angeklagten darauf aufmerksam zu machen, daß er eine Wiederholung der Hauptverhandlung verlangen kann. Dieses Verlangen muß der Angeklagte noch vor der Urteilsfällung äußern; nicht ausreichend ist es, erst mit oder in der Berufung von § 184 Gebrauch zu machen; (vgl. auch Obergericht ZR 59 Nr. 74 S. 176).

113) BL 127 (15 Tage), vgl. auch §§ 113, 142; BS 170 III; BE 188 II (72 Stunden -Geschworenengericht; dort ist schon mit Rücksicht auf das i.d.R. ungeschulte Gedächtnis der Laien eine weitgehende Konzentration der Hauptverhandlung erforderlich. Vgl. Waiblinger, Strafverfahren Art.288 Anm.1), vgl. ferner oben FN 104; SH 189 II, III (4 Tage)

Allerdings besteht in beiden Basel die Möglichkeit, die erneute Verhandlung im allseitigen Einverständnis durch die Verlesung der protokollierten Ergebnisse der ersten Verhandlung abzukürzen.¹¹⁴⁾

Der enge sachliche Zusammenhang zwischen dem Unmittelbarkeitsgrundsatz und der Konzentrationsmaxime wird im interkantonalen Vergleich dort besonders deutlich, wo wir es, wie in Deutschland, mit einer weitgehend unmittelbaren Beweisaufnahme zu tun haben. Diese führt tendenziell zu einer Verlängerung der Hauptverhandlung, woraus sich auch die Notwendigkeit ergibt, die Gerichte von Gesetzes wegen besonders zur Konzentration anzuhalten.

In Literatur und Rechtsprechung wird der Konzentrationsmaxime erst in jüngster Zeit der Rang eines selbständigen Verfahrensgrundsatzes zuerkannt.¹¹⁵⁾ Weitverbreitet vor allem in der älteren Literatur ist die Ansicht, die Konzentrationsmaxime sei Teil oder Folge des Unmittelbarkeitsgrundsatzes.¹¹⁶⁾ Das ist zwar für den hier angesprochenen thematischen Zusammenhang richtig, läßt aber die rechtspolitischen und persönlichkeitsrechtlichen Zielsetzungen der Konzentrationsmaxime außer Acht. Diese Auffassung rührt daher, daß der Unmittelbarkeitsgrundsatz weitgehend im Zusammenhang des gesamten Strafverfahrens betrachtet wird.¹¹⁷⁾ Dadurch entsteht die Gefahr, daß zweifellos Beziehungsvolles¹¹⁸⁾ ohne weiteres identifiziert

114) Siehe dazu Ratschlag und Entwurf v. 14.5.1926 BS, S. 121 f.

115) So deutlich Noll, Strafprozeßrecht S. 93

116) Etwa Hauser, Ostschweizerische Kantone S. 130; Zürcher Unmittelbarkeit S. 79, der - FN 31 - sogar ausdrücklich bezweifelt, daß es sich um einen selbständigen Prozeßgrundsatz handelt; Krauer, Gestaltungsprinzipien S. 48

117) So insbesondere Zürcher aaO

118) Die Konzentrationsmaxime dient letztlich der Sicherung des unmittelbar sinnlichen Eindrucks, den der Richter aufgrund der vor ihm ablaufenden Verhandlung gewinnt.

wird.¹¹⁹⁾ Überdies scheint terminologisch Unklarheit zu herrschen, denn die Probleme der Konzentrationsmaxime werden desöfteren unter dem Stichwort " Einheitlichkeit der Verhandlung " behandelt.¹²⁰⁾

bb) Die Einheitlichkeit der Verhandlung oder Verhandlungseinheit, bedeutet nach der in der Literatur überwiegen- den Ansicht, daß das Gericht während der ganzen Verhandlung¹²¹⁾ mit denselben Personen besetzt sein muß, und daß diese während der ganzen Verhandlung anwesend sein müssen.¹²²⁾ Die schwei- zerischen Strafprozeßordnungen führen diesen Grundsatz in den wenigsten Fällen strikt durch, was vor allen an den fehlenden Sanktionen ersichtlich wird. Im einzelnen lassen sich folgende Gruppen unterscheiden :

(1) In sehr vielen Kantonen ist der Grundsatz der Verhandlungseinheit und somit die praktische Frage nach dem Ver- fahren, wenn ein Richter ausgewechselt werden muß, überhaupt nicht geregelt.¹²³⁾

(2) Eine allgemeine Präsenzpflcht während der Verhandlungen statuieren- ohne ausdrückliche Sanktion - die Kantone Thurgau und Uri, sowie der Bund.¹²⁴⁾

119) Das Berner Obergericht etwa vertritt in einer älteren Entscheidung (v. 12.5.1943 ZBJV 81 S. 93, 94) die Ansicht, Art.288 BE StPO (der eindeutig die Konzentrationsmaxime für das Geschworenengericht aufstellt) sei Sitz des Un- mittelbarkeitsgrundsatzes. Unrichtig auch die oben FN 108 zitierte graubündener Entscheidung : Der geschilderte Ver- fahrensverstoß wird nicht der Konzentrationsmaxime zuge- ordnet, sondern als Widerspruch zu den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit bezeichnet. Zu- treffend wäre es allerdings, diese Wertung auf den er- wähnten "reinen Aktenprozeß" zu beziehen.

120) Vgl. etwa Hauser aaO; Obergericht ZH ZR 59 Nr. 74 S. 175

121) Vom Aufruf der Sache bis zur Urteilsverkündung.

122) Noll, Strafprozeßrecht S. 93; Zürcher, Unmittelbarkeit S. 76; Hauser, Ostschweizerische Kantone S. 130, der die Formulierung des deutschen § 226 StPO gebraucht, allerdings insoweit lediglich eines von drei Bedeutungs- elementen der Unmittelbarkeit beschreibt !

123) AG, AR, AI, BS, NW, OW, SZ, SG, ZG

124) TG 162 III; Für die Richter besteht Teilnahmepflicht in der vorgeschriebenen Zahl an allen wesentlichen Prozeß- handlungen; UR 86 II; - BUND 147 I -

(3) Allgemeine Sollvorschriften ohne gesetzlich vorgesehene Sanktionen gibt es in Basel-Landschaft, Bern, Freiburg und Luzern. Hier soll das Gericht nach Möglichkeit während der ganzen Verhandlung mit denselben Personen besetzt sein, es sei denn, das Gericht hält einen Richterwechsel für erforderlich und unumgänglich. 125)

In Bern und Luzern ist darüberhinaus bestimmt, daß eine bestimmte Anzahl der zur Urteilsfindung berufenen Richter an der Hauptverhandlung teilgenommen haben muß. 126) Im Glarus ist der Ersatzrichter gesetzlich vorgesehen, der ohne weiteres für einen ausfallenden Richter einspringen darf. 127)

(4) Als Gebot mit einer Sanktion auf Antrag oder nach richterlichem Ermessen ist der Grundsatz der Verhandlungseinheit gesetzlich verankert in Neuenburg, Solothurn

125) BL 122 I 2; - FR 31 Ziff. 9 : Hier ist sogar bestimmt, daß der Beschluß über einen Richterwechsel unanfechtbar ist. Unbenommen bleibt natürlich die Möglichkeit der Kassation auf Beschwerde.

126) BE 272 III für das Geschworenengericht : " Wird ein Urteil gefällt, so müssen mindestens zwei Mitglieder der Kriminalkammer und sieben Geschworene an allen für das Urteil wesentlichen Prozeßhandlungen teilgenommen haben." Danach wäre es unschädlich, wenn je ein Richter und Geschworener nicht an der Verhandlung teilgenommen hat und gleichwohl das Urteil mitträgt. - Für das fünfköpfige Amtsgericht bestimmt Art. 38 GOG, daß mindestens drei Richter an allen wesentlichen Prozeßhandlungen teilgenommen haben müssen.

LU 180 II: Hier müssen mindestens 2/3 der urteilenden Richter an den Parteiverhandlungen teilgenommen haben. Kritisch gegenüber dieser Regelung Gebistorf, Kassationsbeschwerde S. 68 FN 46 : sie sei de lege ferenda zu verwerfen.

127) GL 24 II GOG

und im Wallis.¹²⁸⁾ Ähnlich auch die zürcher Regelung, die wiederum etwas näher betrachtet werden soll :

§ 184 2. Halbsatz ZHStPO lautet : " ... müssen zur weiteren Verhandlung Richter oder Geschworene einberufen werden, die der bisherigen Verhandlung nicht beigewohnt haben, so ist sie auf Verlangen des Angeklagten zu wiederholen." ¹²⁹⁾ Auch hier wieder ist es weitgehend dem Angeklagten überlassen, die Einhaltung des Grundsatzes der Verhandlungseinheit zu überwachen ¹³⁰⁾, wenn- gleich die Rechtsprechung ¹³¹⁾ es für möglich erachtet, daß ein Gericht abweichend vom Wortlaut auch von Amts wegen die Wiederholung der Hauptverhandlung anordnet. Es kommen Fälle vor, in denen zwischen Schluß der

-
- 128) NE 197 I, II : Ist die Vollständigkeit des Gerichts nicht mehr gewährleistet, so gibt Abs. II wahlweise die Möglichkeit, die Verhandlung zu unterbrechen oder neu beginnen zu lassen.
SO 109 : Wenn ein Ersatzrichter eintritt, ist die Verhandlung "soweit nötig" zu wiederholen. Deutlicher dagegen die Vorschrift für das Geschworenengericht § 128 II: Der Ersatzrichter muß der bisherigen Verhandlung gefolgt sein.
VA 122 : eine sehr ausführliche Regelung; es besteht grundsätzliche Präsenzpflcht (Abs. I), von außerordentlichen Ausnahmen abgesehen muß das Gericht immer mit den gleichen Richtern besetzt sein (Abs. III), bei einem Richterswechsel kann der Beschuldigte eine neue Verhandlung- ohne bereits erledigte Vorfragen - verlangen (Abs. IV), eine neue Verhandlung kann auch von Amts wegen angeordnet werden (Abs. VI).
- 129) Für das Geschworenengericht ist in § 226 zusätzlich bestimmt : " Sind ein Mitglied des Gerichtshofes oder ein oder zwei Geschworene verhindert, der Hauptverhandlung bis zu Ende beizuwohnen, so wird sie gleichwohl zu Ende geführt." - Ein auf den ersten Blick erscheinender Widerspruch zu § 184 wird nur dann vermieden, wenn man § 184 als notwendige Ergänzung zu § 226 liest.
- 130) Soweit ersichtlich, wird an dieser Regelung grundsätzliche Kritik nicht geübt, obwohl es m.E. nicht angehen kann, daß man Vorschriften, die nicht lediglich Ordnungscharakter haben, sondern ganz offenbar der Qualität der Wahrheitsfindung dienen, der Parteidisposition überläßt. A.A. offenbar die zürcher Rechtsprechung: Obergericht II. Strafkammer v. 3.9.1974 AZ 203/73
- 131) Kassationsgericht v. 16.9.1963 SJZ 1964, 12 (13)

Verhandlung und Urteilsberatung (- Fällung) längere Zeit vergeht, und in denen Richter bei der Urteilsberatung¹³²⁾ mitwirken, die an der Verhandlung nicht teilgenommen haben. Hier ist es herrschende Rechtsprechung, daß der Angeklagte auf diesen Umstand vor der Urteilsfällung aufmerksam zu machen ist.¹³³⁾ Eine Verletzung dieser Grundsätze begründet durchweg den Nichtigkeits- (= Revisions-) grund der Verletzung gesetzlicher Prozeßformen zum Nachteil des Angeklagten.¹³⁴⁾

(5) Der deutschen Regelung sehr angenähert sind die Verhältnisse in Graubünden, Schaffhausen, Tessin und Waadt, wo das Gericht ununterbrochen in der gleichen Besetzung anwesend sein muß. Bei einem notwendigen Richterwechsel ist die Verhandlung von Amts wegen neu anzusetzen, es sei denn, ein Ersatzrichter, der der bisherigen Verhandlung gefolgt ist, kann einspringen.¹³⁵⁾

Dieser Querschnitt durch die gesetzliche Ausgestaltung des Grundsatzes der Verhandlungseinheit läßt auf den ersten Blick ganz gravierende Unterschiede erkennen, indem in dem

132) Da sich die Anwesenheitspflicht auf die gesamte Hauptverhandlung bezieht, ist es nicht zulässig, daß das Gericht eine nichtöffentliche Beratung (z.B. bei Beschlüssen) telefonisch durchführt; vgl. Obergericht SJZ 1967, 57

133) Jedenfalls gilt das uneingeschränkt für das bezirksgerichtliche Verfahren, in dem gem. § 147 GVG die Urteilsberatung nichtöffentlich ist. (Eine öffentliche Urteilsberatung gibt es in Zürich bei Ober- und Kassationsgericht - § 135 I GVG -, sowie in Basel-Stadt bei den Rechtsmittelgerichten - § 47 GOG -). Vgl. dazu Obergericht v.6.6.1973 ZR 73 Nr. 50 mwN; Kassationsgericht SJZ 1964, 12. Grundsätzlich keine Mitteilungs- oder Belehrungspflicht des Gerichts besteht in den Fällen, in denen die 14- Tagesfrist überschritten wird, vgl. Obergericht ZR 59 Nr. 74 (S. 176). Zweifelfnd für den Fall des nicht verteidigten Angeklagten Obergericht SJZ 1969, 43; ZR 73 Nr. 79.

134) § 43o I 4 ZHStPO

135) GR 118 IV; SH 189 I; TI 181; VD 324, 326 vgl. dazu Bundesgericht BGE 95 I 593 ; Kassationshof Waadt, Journal des Tribunaux III 1977, 9o m. Anm. Gauthier (S. 95)

einen Kanton ein Richterwechsel ohne weiteres, im benachbarten Kanton hingegen grundsätzlich gar nicht möglich ist. Dieses Urteil ist allerdings zu relativieren mit Rücksicht auf die rechtsvereinheitlichende Entscheidungspraxis¹³⁶⁾ des schweizerischen Bundesgerichts, die, soweit ihr übergeordnetes Bundesverfassungsrecht zugrundeliegt, in ihren Ergebnissen einen eidgenössischen strafprozessualen Mindeststandard festlegt, der von den kantonalen Behörden und Gerichten nicht unterschritten werden darf.¹³⁷⁾

(6.1) In einem neuenburger Fall, dem kein spezifisch strafprozessualer Sachverhalt zugrunde lag, hat die staatsrechtliche Kammer des Bundesgerichts entschieden¹³⁸⁾, daß die mit der Urteilsberatung befaßten Richter zu - mindestens in dieser Besetzung auch an den Parteiverhandlungen teilgenommen haben müssen. Da eine Pflicht zur Abhaltung unmittelbarer Beweisverhandlungen vom Bundesgericht wegen der kantonalen Gesetzgebungshoheit nicht statuiert werden kann, besagt diese Entscheidung auf den ersten Blick, daß dort, wo mündliche Beweisverhandlungen stattgefunden haben, die zur Urteilsfindung berufenen Richter daran teilgenommen haben müssen.

Danach müßte man - wie gesagt auf den ersten Blick - etwa die Regelungen in Bern und Luzern¹³⁹⁾, die es durchaus gestatten, daß einzelne Richter nicht an der Hauptverhandlung, wohl aber an der Urteilsberatung teilnehmen, für unzulässig halten.

136) Dazu näher Hauser, Rechtsprechung, ZStrR 90, 225 ff; Hutzli, Schranken S. 163 ff, 182 ff.

137) Hauser, aaO S. 230, 241; BGE 97 I, 49

138) Urteil v. 8.7.1970 BGE 96 I, 321

139) S.o. FN 126

So weit geht das Bundesgericht jedoch nicht ¹⁴⁰⁾, ebenso wenig sind die Kantone ohne gesetzliche Regelung ¹⁴¹⁾ gehalten, prinzipiell alle Richter an mündlichen Beweisverhandlungen teilnehmen zu lassen. Das Bundesgericht behandelt das Problem nämlich unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des rechtlichen Gehörs. ¹⁴²⁾ Danach habe der Beschuldigte einen unmittelbaren Anspruch darauf, daß seine Sache von Richtern beurteilt werde, die mit seinem Fall und seinem Vorbringen vertraut sind. Das Bundesgericht nennt dies das " allgemeine Erfordernis der Kenntnis der zu beurteilenden Sache ". Damit wird die ursprünglich vermutete programmatische Bedeutung der Entscheidung weitgehend relativiert. Das Bundesgericht schließt nämlich nicht aus, daß die Richter, die an der mündlichen Beweisverhandlung nicht teilgenommen haben - sondern lediglich die Untersuchungsakten kennen -, sich Kenntnis von den Ergebnissen der Beweisaufnahme durch die Lektüre des Hauptverhandlungsprotokolls verschaffen dürfen. Nur dort, wo wegen der Eigenart eines möglicherweise spezifisch mündlichsummarischen Verfahrens Protokolle nicht geführt werden, kann die Entscheidung somit ihre eigentliche Bedeutung erlangen. Die persönliche Teilnahme aller urteilenden Richter an einer mündlichen Partei - und Beweisverhandlung ist also nur dort erforderlich, wo deren Ergebnisse nicht im einzelnen nachgelesen werden können. ¹⁴³⁾

(6.2) Aufgrund einer eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde in einem waadtländischen Fall hat das Bundesgericht zu dem Kassationsgrund der unvorschriftsmäßigen

140) Vgl. auch BGE 85 I, 273

141) Etwa SG, wo das Urteil des Bundesgerichts einzige Rechtsgrundlage für das Problem Richterwechsel ist; vgl. Jaeger, Nichtigkeitsbeschwerde S. 55

142) Art. 4 der Bundesverfassung

143) Dazu näher Hauser, Protokollierung S. 12 f : Insbesondere in NE, SO, TG, TI und VD wird in der Hauptverhandlung kein oder nur in Ausnahmefällen ein Inhaltsprotokoll geführt. Das hängt u.a. damit zusammen, daß in der romanischen Schweiz z.T. eine zweite Tatsacheninstanz nicht vorgesehen ist, das Urteil somit als Protokoll gilt. -Über die Gründe für die Einführung eines substantiellen Protokolls in Freiburg vgl. Kassationshof Extraits 1948, 155 ff

Besetzung des Gerichts Stellung genommen.¹⁴⁴⁾ Eine solche Bestimmung findet sich in der überwiegenden Mehrzahl aller untersuchten Prozeßordnungen. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist eine solche Vorschrift auch auf den Fall anzuwenden, daß nach einem Richterwechsel der neue Richter (Geschworene) der bisherigen Verhandlung nicht beigewohnt hat. Es sei willkürlich¹⁴⁵⁾, in einem solchen Fall die Kassation zu versagen. Daraus folgt unmittelbar auch für jene Kantone, die diese Frage nicht ausdrücklich geregelt haben¹⁴⁶⁾, daß ein neu ein tretender Ersatzrichter während der bisherigen Verhandlung anwesend sein muß.¹⁴⁷⁾

(6.3) In der Praxis¹⁴⁸⁾ geht man der prinzipiellen Notwendigkeit zur Wiederholung der Hauptver handlung vereinzelt auch dadurch aus dem Weg, daß man - ins besondere bei kleineren Gerichten - den in der Verhandlung ohnehin anwesenden Gerichtsschreiber¹⁴⁹⁾ an die Stelle des

144) BGE 95 I, 593 speziell zu Art. 324 VStPO

145) Eine unrichtige Gesetzesauslegung wird in der Schweiz oft als "willkürlich" bezeichnet.

146) Vgl. etwa Brühlmeier, Strafverfahren § 174: Der aargauische Gesetzgeber hat diese Forderung als selbst verständlich überhaupt nicht in den Gesetzestext aufge nommen. Brühlmeier hält die Forderung, wonach ein Urteil nur von einem Gericht in der gesetzlich vorgesehenen Besetzung gefällt werden dürfe, durchaus nicht für selbstverständlich und verweist auf die anderslautende berner Regelung.

147) Vgl. auch die Übersicht bei Hauser, Nichtigkeitsbe schwerde S. 120/121

148) Zu den nachfolgenden Ausführungen existieren - soweit ersichtlich - keine ausdrücklichen Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung.

149) Zu dessen Stellung in der schweizerischen Strafrechts pflege vgl. zunächst Fritzsche in Reichel, Richter in der Schweiz S. 64; speziell die Verhältnisse in Zürich beschreibt plastisch ein Urteil des Obergerichts v. 27.5.1968 in SJZ 1968, 183 (184): Der Gerichtsschreiber ist oft einziger Jurist bei Gericht; er schreibt das Protokoll der Hauptverhandlung (§ 158 I ZHGVG) und über nimmt mit der Unterzeichnung eine Garantie für dessen Richtigkeit (§ 168); er hat beratende Stimme bei der Urteilsfällung (§ 150), worin eine Art Richtigkeitsgarantie für das Urteil gesehen wird; er kann einen Minderheitsantrag stellen (§ 167 II) und verfaßt oder redigiert schließlich das Urteil aufgrund der Beratung und mündlichen Verkündung.- Vgl. ferner Hauser/Hauser, VVG § 18 Anm. 1 und § 28 Anm. 1.

ausscheidenden Richters treten läßt.¹⁵⁰⁾ Zwar gehört der Gerichtsschreiber zu den Verfahrensbeteiligten, die ständig¹⁵¹⁾, aber nicht immer in der gleichen Person, an der Verhandlung teilnehmen müssen¹⁵²⁾, man kann jedoch davon ausgehen, daß ein Gerichtsschreiber im Falle seines Eintretens der bisherigen Verhandlung ununterbrochen gefolgt sein muß.¹⁵³⁾

Insbesondere mit Rücksicht auf die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung darf man den Schluß ziehen, daß der Grundsatz der Verhandlungseinheit in den Kantonen besonders beachtet wird, die regelmäßig ein mündliches Verfahren mit unmittelbarer Beweisaufnahme kennen. Je mehr hingegen der richterliche Hauptverhandlungseindruck von der vorherigen vollständigen Aktenkenntnis überlagert wird, desto weniger wird es beanstandet, daß ein nach Richterwechsel neu eintretender Richter lediglich die bisher erwachsenen Akten liest.

- 150) Vgl. Streiff, Strafrechtspflege S. 240; er spricht wohl speziell die glarnerischen Verhältnisse an. Als gesetzliche Grundlage dieser Praxis dient offenbar die Bestimmung des Art. 27 letzter Absatz des glarner GVG vom 2.5.65: "Sollte der Präsident oder ein Richter innerhalb einer halben Stunde seit der Zeit, auf welche das Gericht einberufen ist, nicht erscheinen, so ergänzt sich das Gericht durch Beiziehung des Gerichtsschreibers, welcher in diesem Falle alle Rechte und Pflichten eines Richters besitzt." Zur MStGO vgl. Haefliger, MStGO Art. 134 Anm. 2
- 151) In dieser Hinsicht sehr streng die zürcher Rechtsprechung. Vgl. Obergericht SJZ 1968, 183 f: Die Abwesenheit des Gerichtsschreibers bei der Urteilsberatung schafft einen Nichtigkeitsgrund nach § 430 Ziff. 2 ZHStPO (Besetzungsrüge); es ist anzunehmen, daß verschiedene Kantone dieser Rechtsprechung folgen. Ausdrücklich befürwortend für SG Jaeger, Nichtigkeitsbeschwerde S. 53. Ablehnend für VD 324 II: Gilliéron, Procédure Art. 324 Anm. C unter Hinweis auf Kassationshof Waadt Journal des Tribunaux III 1949, 31 (Lausanne)
- 152) Dies gilt in Deutschland wie grundsätzlich auch in der Schweiz für die Staatsanwaltschaft, den Urkundsbeamten und den Verteidiger; vgl. Kleinknecht, StPO § 226 RN 3 - 5; Zürcher, Unmittelbarkeit S. 77 FN 27.
- 153) Hierfür spricht zunächst die oben behandelte Entscheidung des Bundesgerichts BGE 95 I, 593; ferner mag als Argument gelten die häufige Regelung, wonach der Gerichtsschreiber nur den Teil des Verhandlungsprotokolls unterzeichnen darf, den er persönlich in der Verhandlung gefertigt hat; vgl. dazu Art. 56 SHStPO und Bohn, Strafverfahren S. 194.

Damit verlagert sich das Problem der Verhandlungseinheit nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung weitgehend in den Bereich des rechtlichen Gehörs.

Deutlich wird auch, daß dort, wo mangels ausgebildeter Unmittelbarkeit der Inbegriff der Hauptverhandlung ¹⁵⁴⁾ im eigentlichen Sinne nicht Urteilsgrundlage ist, kaum ein verfahrensrechtliches Bedürfnis nach ausgeprägter Verhandlungseinheit besteht.

- 154) Zur Klarstellung sei bemerkt, daß sich hier der Begriff " Unmittelbarkeit " - ausnahmsweise - auf die gesamte Hauptverhandlung bezieht, um deutlich zu machen, daß der Grundsatz der Verhandlungseinheit - mit dem gleichen Bezugspunkt - lediglich am Rande des Themas (Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme) liegt.

c) Die formelle Unmittelbarkeit im Verhältnis zu dem Recht auf Gehör und der freien Beweiswürdigung

1. Deutsches Recht

aa) Dem Anspruch des Angeklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs in der Hauptverhandlung ¹⁵⁵⁾ wird in der deutschen StPO in einer Vielzahl von Vorschriften Rechnung getragen, die alle die Möglichkeit schaffen wollen, daß der Angeklagte zu allen entscheidungserheblichen Tatsachen und Rechtsfragen Stellung nehmen kann.¹⁵⁶⁾ Diese Vorschriften sind Ausdruck und Konkretisierung des verfassungsrechtlich abgesicherten Anspruchs auf rechtliches Gehör im gerichtlichen Verfahren, wie er in Art. 103 I GG enthalten ist. ¹⁵⁷⁾

Den Berührungspunkt zur formellen Unmittelbarkeit findet, wer nach der grundlegenden prozessualen Form sucht, in der sich der materielle Gehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör verwirklicht. Es ist dies die gesetzlich statuierte Pflicht ¹⁵⁸⁾ des Angeklagten, zur Hauptverhandlung persönlich zu erscheinen. Man hat die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung treffend die "optimalste Form der Gewährung rechtlichen Gehörs" genannt. ¹⁵⁹⁾ Seine persönliche Anwesenheit sichert dem Angeklagten ein aktives Teilnahmerecht in allen Teilen der mündlichen Parteivernehmung. Anders - bzw. besser - als durch persönliche Anwesenheit des Angeklagten läßt sich bei der im deutschen Strafverfahren ausgeprägt mündlich-unmittelbaren Hauptverhandlung das rechtliche Gehör gar nicht verwirklichen, weil die Ergebnisse der Hauptverhandlung ohne hinreichende Fixierung in der Regel ad hoc in eine Entscheidung eingehen.

155) Vgl. allgemein zum rechtlichen Gehör Dahs jun., Rechtliches Gehör; sowie Peters, Lehrbuch S. 175 ff

156) Vgl. etwa §§ 243 II, IV, 257, 258 I, II, 265

157) Trotz ihrer systematischen Stellung wird dieser Vorschrift von der h. M. Grundrechtscharakter zugemessen; vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz Art. 103 RN 8 und 43

158) §§ 230 ff; Einzelheiten, insbesondere die Fälle einer Hauptverhandlung ohne den Angeklagten, sollen hier nicht erörtert werden.

159) Riess, Hauptverhandlung ohne den Angeklagten JZ 1975, 265 (267); Kleinknecht, StPO § 230 RN 1

Insoweit kann man die Anwesenheit des Angeklagten mit Rücksicht auf die formelle Unmittelbarkeit als prozessrechtliche Notwendigkeit bezeichnen.¹⁶⁰⁾

Diese Verknüpfung der erkenntnisfördernden Unmittelbarkeit mit dem Anspruch des Angeklagten auf rechtliches Gehör wird besonders anschaulich in dem in RGSt 66, 28 wiedergegebenen Fall ¹⁶¹⁾, in dem es um die Frage ging, ob das Gericht einen Tatortaugenschein nach Schluß der Beweisaufnahme in der Beratung wiederholen darf. Das Berufungsgericht hielt dies für zweckmäßig, um das Ergebnis der vorangegangenen Beweisaufnahme und die Kenntnis des Tatortes von Erinnerungstäuschungen freizuhalten. Das Revisionsgericht verwarf diese Erwägung ¹⁶²⁾ mit dem Hinweis darauf, daß gerade wegen der Wandelbarkeit eines persönlichen Tatorteindrucks der Angeklagte auch bei einem erneuten Ortstermin anwesend sein müsse, um gegebenenfalls zu veränderten Wertungen Stellung nehmen zu können. Aus den gleichen Gründen wäre es unzulässig, einen bereits in der Beweisaufnahme vernommenen Sachverständigen in der Beratung erneut (ergänzend) zu befragen. ¹⁶³⁾ ¹⁶⁴⁾

160) Revisionsrechtlich notwendig (§ 338 Ziff. 5) ist die Anwesenheit des Angeklagten nur, solange er noch nicht über die Anklage vernommen ist, § 231 II; hernach kann ohne ihn verhandelt werden, sofern eindeutig anzunehmen ist, daß er sein prozessuales Recht auf rechtliches Gehör verwirkt hat ; daß dies nicht leichtin geschehen darf, zeigt die Regelung des § 231 a, die umfangreiche Sicherungen des rechtlichen Gehörs auch bei selbstverschuldeter Abwesenheit des Angeklagten vorsieht; vgl. hierzu Riess, aaO S. 270 f.

161) Der gleiche Sachverhalt liegt der Entscheidung OLG Hamm NJW 1959, 1192 zugrunde.

162) Vom Ergebnis her nicht anders würde eine Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts ausfallen, vgl. BGE 98 I a, 339.

163) RGSt 17, 287; diese Erwägungen treffen dort nicht zu, wo Augenscheinsobjekte gegenständlicher Art mit in die Beratung genommen werden, da sie im Gegensatz zu Tatorteindrücken keiner Veränderung unterliegen.

164) In einem obiter dictum unterstreicht RGSt 66, 28 die Bedeutung des § 261 als Sitz der formellen Unmittelbarkeit: Diese Vorschrift sei möglicherweise dann verletzt, wenn während der Beratung nur einzelne Richter eine erneute Tatortbesichtigung machen und hernach den übrigen Richtern von ihren Eindrücken berichten. Soweit ein Urteil auch auf diesem "ergänzten" Eindruck der Richter beruhe, die den Augenschein nicht wiederholt haben, so sei deren Überzeugung nicht aus dem "Inbegriff der Verhandlung " entstanden.

Da grundsätzlich nur der parteiöffentliche Teil der Hauptverhandlung unter Anwesenheit des Angeklagten die urteilsverwertbaren Tatsachen liefern darf, hätte ein Gericht in einem der beschriebenen Fälle gemäß § 265 mit einem entsprechenden Hinweis die Hauptverhandlung neu eröffnen müssen, wenn sich in der Beratung Eindrücke oder Umstände ergeben hätten, die nicht aus der Beweisaufnahme stammen. ¹⁶⁵⁾

bb) Der Grundsatz der freien richterlichen Beweismittelwürdigung, der in § 261 ¹⁶⁶⁾ enthalten ist, spricht aus, daß es von Gesetzes wegen grundsätzlich keine positiven oder negativen Regeln über den Wert eines Beweismittels gibt. ¹⁶⁷⁾ Mit der formellen Unmittelbarkeit hat die freie Beweismittelwürdigung auf den ersten Blick lediglich einen formellen Gesichtspunkt gemein. Auch die formelle Unmittelbarkeit nämlich hat eine ihrer wesentlichsten Rechtsgrundlagen in der Vorschrift des § 261, die bestimmt, daß der Richter seiner Überzeugung nur die in der Hauptverhandlung gewonnenen Ergebnisse der Beweisaufnahme zugrundelegen darf. Mithin müssen Tatsachen und Beweismittel vor dem erkennenden Richter ausgebreitet werden. Die formelle Unmittelbarkeit steckt also den Rahmen des Tatsachenstoffs ab, der vom Richter frei gewürdigt werden soll. ¹⁶⁸⁾ Wenn auch die Frage, wo und vor wem Beweise zu erheben sind, mit der anderen Frage nach Auswahl und Wert der erhobenen Beweise auf den ersten Blick nichts zu tun hat, so wird ihr Nebeneinander, bedingt durch eine gemeinsame Rechtsgrundlage, in der deutschen Strafprozeßlehre offenbar nicht als zufällig empfunden.

165) Dies gilt ohne Ausnahme, denn es läßt sich bei der Anberaumung eines erneuten Augenscheins in der Beratung nie vorher sagen, ob sich überhaupt neue Erkenntnisse ergeben werden.

166) "Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung."

167) Hier liegt ein Berührungspunkt mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit, und zwar zu seinem materiellen Aspekt, denn in beiden Fällen stehen Fragen des Beweiswertes, der Zuverlässigkeit und Qualität im Vordergrund.

168) Ähnlich Arzt, Freie Beweismittelwürdigung, FSchr. f. Peters S. 233

Es wird - in der Regel ohne nähere Begründung - die Ansicht vertreten, es handele sich um zwei sich wechselseitig bedingende Prozeßprinzipien.¹⁶⁹⁾ Dem liegt augenscheinlich die Überzeugung zugrunde, der Richter, dem die große Verantwortung¹⁷⁰⁾ der freien Beweiswürdigung übertragen sei, könne dieser Verantwortung nur gerecht werden, wenn er selbst die zu beurteilenden Tatsachen gesehen und gehört habe.¹⁷¹⁾ Das ist von einem subjektiven Standpunkt aus, also aus dem Blickwinkel des Strafrichters, sicherlich überzeugend, denn die von ihm u.U. geforderte sichere Überzeugung von der Schuld des Angeklagten gründet sich nach aller Erfahrung am zuverlässigsten auf eine eigene Wahrnehmung. Ob man allerdings von einer objektiven und prozeßfunktionalen Notwendigkeit einer unmittelbaren Beweisaufnahme mit Rücksicht auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung sprechen kann, ist zu bezweifeln und ist - soweit ersichtlich - bislang auch noch nicht behauptet worden.¹⁷²⁾

2. Schweizerisches Recht

aa) Der Anspruch des Angeklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs wird nach der ständigen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts hergeleitet aus Art. 4 der Bundesverfassung.¹⁷³⁾

-
- 169) Kleinknecht, StPO § 250 RN 1 spricht von "Korrelat"; in diesem Sinne offenbar auch Peters, Lehrbuch S. 255/256
- 170) Dazu deutlich Peters, Freie Beweiswürdigung und Justizirrtum, FSchr. F. Olivecrona S. 532 ff
- 171) Vgl. Löhr, Unmittelbarkeit S. 45; Zipf, Strafprozeßrecht S. 187; Krause, Urkundenbeweis S. 141; ferner Geppert, Unmittelbarkeit S. 145
- 172) Für diese Frage, die indessen hier nicht vertieft werden kann, ist der Blick auf die schweizerische Praxis besonders interessant, die dem Strafrichter nicht selten als Überzeugungsgrundlage allein das in der Untersuchung fixierte Sachverhaltsbild liefert.
- 173) Vgl. etwa BGE 101 I a, 169 m.w.N.; Tinner, Das rechtliche Gehör ZSR 83, II 295 ff. - Zur Bedeutung dieser Rechtsprechung vgl. Hutzli, Schranken S. 164: Art. 4 BV gewähre dem Bürger ein bestimmtes Mindestmaß an Verteidigungsrechten, insbesondere habe er als Beschuldigter grundsätzlich ein Recht auf Teilnahme an allen Beweiserhebungen und ein Recht auf Stellungnahme.

Die vielfältigen Probleme des rechtlichen Gehörs, insbesondere die viel diskutierte Frage um die Einführung einer parteiöffentlichen Voruntersuchung¹⁷⁴⁾ lassen wir beiseite, um uns zu beschränken auf die Frage nach der Funktion der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung.

- 174) Vgl. dazu Waiblinger, Bericht ZStrR 66, 365 (369): Waiblinger referiert die Ansicht Zellwegers, bei fehlender Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung müsse man zumindest eine ausgebaut parteiöffentliche Voruntersuchung gewähren und schließt sich ihr an (S. 370). Später präzisiert er seine Ansicht (Vereinheitlichung, ZStrR 67, 217, 244) und lehnt eine undifferenzierte bundesweite Einführung einer parteiöffentlichen Voruntersuchung ab; sie sei nur dort sinnvoll, wo das Urteil weitgehend auf den Akten der Voruntersuchung aufbaue, oder wo einzelne Untersuchungshandlungen auch in einem unmittelbaren Hauptverfahren nicht wiederholt werden. - Letzteres ist in der Regel bei Augenscheinen der Fall: Hier besteht un- eingeschränktes Anwesenheitsrecht des Angeklagten (auch gegen den Wortlaut mancher kantonalen Prozeßordnungen) nach der Entscheidung BGE 98 I a, 339; vgl. dazu näher Robert, Augenschein S. 74 ff. - Zum gegenwärtigen Stand der Rechte des Angeschuldigten in der Voruntersuchung finden sich bei Schubarth, Rechte des Beschuldigten, S. 234 ff. weiterführende Hinweise; (als wesentliche zwischenzeitliche Neuerung ist die grundsätzliche Einführung der Parteiöffentlichkeit in Nidwalden und Bern zu nennen). Siehe auch Hauser, Teilnahme der Parteien SJZ 75, 341 ff. Zu den genannten Diskussionsbeiträgen sei folgende Bemerkung gestattet:
Es wird zu Recht gesagt, ein weitgehend geheimes Vor- verfahren sei dann kein Nachteil, wenn eine unmittelbare und mündliche Hauptverhandlung folge. Meist wird im gleichen Zusammenhang die verbreitete Praxis der mittel- baren Hauptverhandlung aus Zweckmäßigkeitsgründen ver- teidigt und für die Ausweitung der Mitwirkungsrechte des Beschuldigten in der Voruntersuchung plädiert. - Hier könnte nun der Eindruck entstehen, es werde die Partei- öffentlichkeit als tauglicher Ersatz für ein unmittel- bares Erkenntnisverfahren gehalten. In der Tat finden sich vereinzelt Hinweise auf diese Verknüpfung, auf die in anderem Zusammenhang noch einzugehen sein wird.
Der Verfasser hält, das sei schon hier gesagt, diese Ansicht nicht für richtig und fühlt sich bestätigt da- durch, daß das Plädoyer für die parteiöffentliche Vor- untersuchung etwa von Zellweger (in Waiblinger, Bericht ZStrR 66, 369) unter die Generalforderung "Sicherung der Verteidigungsrechte" gestellt wird. Mithin wird insoweit die Qualität der Unmittelbarkeit als eines auf den Rich- ter bezogenen Erkenntnisprinzips gar nicht angesprochen und die mittelbare Hauptverhandlung weitgehend als Prob- lem eines Mangels an Verteidigungsrechten gesehen.
(Siehe auch Schlußbetrachtung)

Die nach allen Strafprozeßordnungen bestehende Anwesenheitspflicht¹⁷⁵⁾ wird in erster Linie als Ausdruck des Grundsatzes der materiellen Wahrheitsfindung angesehen, wobei insbesondere die Pflicht des Gerichts zur weitestgehenden Persönlichkeitserforschung betont wird.¹⁷⁶⁾ Zwar nicht mehr nach dem Buchstaben des Gesetzes, so aber doch nach einer offenbar nicht seltenen Praxis der Gerichte wird hier auch eine entsprechende staatsbürgerliche Gehorsams- und Duldungspflicht unterstellt.¹⁷⁷⁾ Nur in wenigen Kantonen finden sich Hinweise in den Gesetzen, daß die Anwesenheit des Angeklagten in Beziehung zu setzen sei mit den Erfordernissen einer etwaigen unmittelbaren Beweisaufnahme.¹⁷⁸⁾

Unter den beiden genannten Gesichtspunkten wird die Anwesenheit des Angeklagten als jederzeit durchsetzbare¹⁷⁹⁾ Verpflichtung angesehen, der ein Recht des Angeklagten zur Anwesenheit gegenübersteht, das im Vergleich zu Deutschland in größerem Maße verzichtbar ist, soweit es als Ausdruck

- 175) Überwiegend aufgrund positiver Regelung, ansonsten stillschweigend oder inzident. Vgl. die Nachweise bei Denz, Strafverfahren gegen Abwesende S. 174 FN 82 und 83.
- 176) Vgl. Pfenninger, Probleme S. 353 ff; Marti, Verfahren gegen Abwesende S. 83; E. Iten, Verfahren gegen Abwesende S. 13 mwN
- 177) Vgl. den Hinweis von Pfenninger aaO S. 354, 370; die Bestrafung des Ungehorsams war historische Wurzel des sog. Kontumazialverfahrens; zu den Verhältnissen in Frankreich, Italien und Österreich vgl. Denz aaO S. 244 ff.
- 178) Dies gilt vor allem für die Kantone, die eine unmittelbare Beweisaufnahme entweder vorschreiben oder ausdrücklich zur Regel erklären (z.B. BS, BE, SH, TI, sowie die Geschworenengerichtsverfahren); vgl. Giezendanner, Stellung des Beschuldigten S. 63; Waiblinger, Strafverfahren Art. 236 Anm. 1; Kocher, Geschworenengericht S. 118. Die zitierten Hinweise ergeben jedoch keine Beziehung zwischen der Anwesenheit des Angeklagten und den Grundsätzen der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit. Vielmehr liegt hier die Überlegung zugrunde, daß ein unmittelbar-mündliches Erkenntnisverfahren schon begrifflich die Anwesenheit des Angeklagten voraussetzt.- Vgl. ferner Brühlmeier, Strafverfahren § 159 Anm. 1 und Pfenninger, Probleme S. 356 (die Anwesenheit des Angeklagten diene der Wahrheitserforschung ebenso wie die Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit).
- 179) Die Verpflichtung des Gerichts, gegen einen ausgebliebenen Angeklagten zunächst alle möglichen Gestellungsmittel einzusetzen, ist sehr unterschiedlich ausgeprägt; vgl. näher Denz aaO S. 179 ff; in Zürich, Zug und Aargau z.B. finden solche Maßnahmen gegen den unentschuldig Ausgebliebenen nicht statt.

des Anspruches auf rechtliches Gehör angesehen wird.¹⁸⁰⁾ Die in der schweizerischen Praxis vorherrschende Verfahrensstruktur, derzufolge das erkennende Gericht weitgehend auf die ihm durch die Akten vermittelten Tatsachen beschränkt ist, erfordert nicht notwendig eine Mitwirkung des Angeklagten an der Hauptverhandlung. Im Rahmen des rechtlichen Gehörs kann sich der Angeklagte Kenntnis vom - voraussetzlichen - Inhalt und Ergebnis der Hauptverhandlung durch Akteneinsicht verschaffen.¹⁸¹⁾ Entsprechend konsequente Schlußfolgerungen sind indessen nicht gezogen worden, weil die Möglichkeit einer unmittelbaren Beweisaufnahme nirgends vollkommen ausgeschlossen ist. Daß dennoch der Stellenwert der persönlichen Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung¹⁸²⁾ keineswegs so hoch zu veranschlagen ist wie in Deutschland, mag aus den z.T. sehr weitgehenden Möglichkeiten zu Abwesenheitsurteilen zu gelangen, geschlossen werden.¹⁸³⁾ Die Bedeutung der Anwesenheit des Angeklagten für eine optimale Verwirklichung seiner Parteirechte wird zwar nicht verkannt¹⁸⁴⁾, es herrscht aber die Tendenz vor, dieses Ziel eher durch eine Verbesserung des

180) So etwa Marti, Verfahren gegen Abwesende S. 83; Waiblinger, Strafverfahren Art. 235 Anm. 1; Tinner, Das rechtliche Gehör, ZSR 83, 320 ff.

181) Tinner aaO S. 351

182) ... betrachtet innerhalb der beiden Koordinaten Unmittelbarkeit und rechtliches Gehör ...

183) Für Einzelheiten ist auf die vergleichende Darstellung von Denz, Strafverfahren gegen Abwesende S. 169 ff zu verweisen. - Die schweizerische Praxis wird unter Berufung auf Zweckmäßigkeit und Effizienz der Rechtsprechung an den gegebenen Möglichkeiten festhalten, auch gegen die Kritik aus der Wissenschaft. Vgl. Pfenninger, Probleme S. 349 ff; Noll, Strafprozeßrecht S. 96: "... überflüssig ... ungerecht ..."

184) Vgl. E. Iten, Verfahren gegen Abwesende S. 19

Untersuchungsverfahrens anzusteuern.¹⁸⁵⁾

bb) Nach einhelliger Meinung ist der Grundsatz der freien Beweismwürdigung für alle schweizerischen Strafprozeßordnungen verbindlich.¹⁸⁶⁾ In nahezu allen¹⁸⁷⁾ kantonalen Strafprozeßordnungen ist er ausdrücklich angesprochen, wobei im einzelnen die Formulierungen differieren.¹⁸⁸⁾ Es überrascht nicht, daß sich in der einschlägigen Literatur keine Stimmen finden, die die formelle Unmittelbarkeit als zumindest subjektiv notwendige Folge des Grundsatzes freier

- 185) Vgl. zunächst Tinner aaO S. 351: Er befürwortet die obligatorische Teilnahme des Angeklagten an den Terminen, bei denen Protokolle geführt werden. - Damit wird der status quo der Parteirechte in der Hauptverhandlung nicht angetastet, lediglich die später in der Hauptverhandlung zu verlesenden Protokolle sollen parteiöffentlich zustande gekommen sein.
Vgl. auch E.Meier, Verfahrensprinzipien S. 80: Die Anwesenheit des Beschuldigten während des Vorverfahrens sei im Hinblick auf die Erforschung der materiellen Wahrheit, auf die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung und den Anspruch auf rechtliches Gehör unentbehrlich. Gegen diese Forderung steht mit Ausnahme von Zürich noch die derzeit überwiegende kantonale Praxis; nach h.M. besteht kein unbedingter Anspruch auf Parteiöffentlichkeit, jedoch ein Anspruch auf Einvernahme während der Voruntersuchung (BGE 8, 687; 22, 914).
Siehe auch Schubarth, Rechte des Beschuldigten S. 240; Noll, Strafprozeßrecht S. 87/88, sowie die oben FN 174 angegebenen Autoren.
- 186) Vgl. § 158 MStGO; Art. 249 BStPO, der zwar wörtlich nur für Bundesstrafsachen gilt, die von kantonalen Behörden beurteilt werden, ihm wird aber darüber hinaus allgemein verbindliche Wirkung beigelegt; vgl. E.Meier, Verfahrensgrundsätze S. 96; Germann, Legalitätsprinzip ZStrR 77, 18; Ulrich, Der Angeschuldigte S. 25.
- 187) Ausnahmen: SO, SZ und UR
- 188) In BE 254, LU 182 II, VA 139 III und ZG 55 ist von "freiem Ermessen" die Rede. - Dieser Ausdruck ist in diesem Zusammenhang verfehlt, vgl. Warda, Ermessen S. 105 f. Sachliche Unterschiede zur "freien Überzeugung" bestehen nicht, vgl. Ulrich, Der Angeschuldigte S. 25; Gebistorf, Kassationsbeschwerde S. 73; mit allen Formulierungen ist Freiheit von verbindlichen positiven oder negativen Beweisregeln gemeint.

richterlicher Beweiswürdigung verstehen.¹⁸⁹⁾ 190) Die gegenwärtig vorherrschende Verfahrensstruktur einer zweckmäßigen Unmittelbarkeit, die in der Praxis auch noch bis auf ein öffentliches Aktenprüfungsverfahren reduziert wird, hat so feste und vor allem tiefgehende historische Wurzeln, daß die Vorzüge eines unmittelbaren Erkenntnisverfahrens für die persönlich-verantwortliche Richterentscheidung entweder nicht gesehen werden oder bewußt hintangestellt werden.¹⁹¹⁾

Mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist nach dem Wortlaut der meisten Prozeßgesetze das Gericht angesprochen, und wo nicht, versteht man darunter stillschweigend die freie richterliche Beweiswürdigung.¹⁹²⁾

189) Anders in Deutschland, vgl. oben FN 169.

190) Eine vorsichtige Andeutung mag man in der Ansicht Comtesses, Verhältnis ZSR 65, 113a sehen, das schriftliche Verfahren eigne sich kaum für die richterliche Aufgabe der Würdigung von Zeugenaussagen. Ansonsten gibt es verschiedene Stimmen, die für die Anwesenheit und die Aussagen des Angeklagten in der Hauptverhandlung - insoweit Teilaspekt der formellen Unmittelbarkeit - eine Verknüpfung mit der freien Beweiswürdigung vertreten: Etwa Comtesse aaO S. 124a, 128a (Unmittelbarkeit in Bezug auf den Angeklagten), oder auch Germann aaO S. 32, dem das Unmittelbarkeitsprinzip durch das Schuldstrafrecht mehr denn je geboten erscheint. - Beide Aussagen lassen sich jedoch wegen ihrer begrenzten Zielrichtung eher als Plädoyer zu Gunsten des Gebotes intensivster Persönlichkeitserforschung verstehen, denn als Forderung nach unmittelbarer Beweisaufnahme.

191) Vor allem die Furcht vor erheblichen Steigerungen der Justizkosten stellt sich der Einführung eines unmittelbaren Erkenntnisverfahrens entgegen.

192) Zwar ist der Hinweis prinzipiell richtig, daß auch die Untersuchungsbehörden der freien Beweiswürdigung unterliegen, indem sie an keine Beweisregeln gebunden sind. So z.B. E. Meier, Verfahrensgrundsätze S. 94. - Es führt aber leicht zu Mißverständnissen, wenn von der Geltung des Grundsatzes für die "beweiserhebenden Strafrechtsbehörden" gesprochen wird. Gerade in den Kantonen, in denen ein im Vorverfahren aufgenommener Beweis unmittelbar in das Urteil eingeht, herrscht Einigkeit, daß die eigentliche Würdigung der Beweisergebnisse ausschließlich Sache des erkennenden Gerichts ist. Aus der Rechtsprechung vgl. etwa Obergericht St. Gallen GVP 1972 Nr. 42; Obergericht Zürich ZR 53 Nr. 72 S. 158.

Es kann als dem Grundsatz nach unstreitig angesehen werden, daß eine bereits im Untersuchungsverfahren vorgenommene Beweiswürdigung¹⁹³⁾ unzulässig bzw. für den erkennenden Richter nicht verbindlich ist.¹⁹⁴⁾ Wie noch zu erläutern sein wird¹⁹⁵⁾, liegen die eigentlichen Gefahren des geübten mittelbaren Verfahrens aber in einer verdeckten antizipierten Beweiswürdigung, indem sich nämlich der erkennende Richter eine in der Protokollformulierung enthaltene Würdigung - unbewußt - zu eigen machen kann.

Gerade weil das Laienelement in der Strafrichterbarkeit so hervortritt, ist man sich der Bedeutung der Beweiswürdigung und ihrer Schwierigkeit für den juristisch ungeschulten Richter wohl bewußt. Während man in den Anfängen des modernen schweizerischen Strafprozesses gerade in dem mittelbaren schriftlichen Verfahren die Gewähr für eine durch "Äußerlichkeiten"¹⁹⁶⁾ unbeeinflusste Beweiswürdigung gesehen hat, ging man später bei einer fakultativ unmittelbaren Beweisaufnahme dazu über, dem Richter im Gesetz Leitlinien für die Beweiswürdigung an die Hand zu geben. In einigen wenigen Kantonen existieren diese heute noch.¹⁹⁷⁾

193) Die sog. antizipierte Beweiswürdigung.

194) So Hauser, Protokollierung S. 34

195) Siehe unten II b 1 bb (3) S. 104 ff

196) D.h.: Die Vielfalt der Eindrücke in der unmittelbaren Hauptverhandlung. - Dazu schreibt aus neuerer Zeit Lerch, Mittelbarkeit ZStrR 67, 363/364: "... auf den öfters trügerischen Schein der Unmittelbarkeit hat einmal ein Mitglied eines nichtbernischen Divisionsgerichts hingewiesen, als es mit leiser Ironie zum Großrichter bemerkte: 'Wir müssen wohl Milde walten lassen, der Angeklagte spricht so gemütlich Berndeutsch!'" - Ferner verweist Lerch auf die Ansicht Grassbergers, Psychologie des Strafverfahrens S. 312, daß die Hauptverhandlung nicht immer die geeignete Basis der Wahrheitsfindung sei.

197) AR 85 II; BS 20 IV; GL 132 II, III; OW 123 II, III; die seit dem 1.1.77 geltende StPO von NW hat den in der alten StPO in den §§ 43-68 enthaltenen ausführlichen Katalog von Beweiswürdigungsregeln beseitigt, dessen Lektüre sehr interessant ist. - Es handelt sich um einen Katalog von negativen Beweisregeln, der im wesentlichen aus der StPO von 1885 übernommen worden war. (Für Einzelheiten vgl. Schenker, Beweiswürdigung S. 41 ff, 64 ff). Forts.S.77

Es handelt sich um Ratschläge, die inhaltlich etwa das auszudrücken versuchen, was der Richter für sich zu bedenken hätte, wenn das Gesetz völlig schwiege. Um sie abzugrenzen von echten Beweisregeln, hat man sie als Teil einer "beratenden gesetzlichen Beweistheorie" bezeichnet.¹⁹⁸⁾ Als Beispiel für diese Ratschläge soll § 20 der baselstädtischen StPO zitiert werden:¹⁹⁹⁾

- I Die Gerichte sind bei ihren Entscheiden an keine Beweisregeln gebunden, sondern würdigen die Beweise frei.
- II Sie müssen aber die gegen einen Angeschuldigten erhobenen Beweise genau und gewissenhaft prüfen und sich insbesondere davor hüten, der äußeren Erscheinung des Angeschuldigten oder einzelner Zeugen zu großen Einfluß zu gestatten.
- III Hat der Angeschuldigte ein Geständnis abgelegt, so ist insbesondere darauf zu sehen, ob das Geständnis freiwillig, unzweideutig, ausdrücklich und mit den übrigen ermittelten Umständen übereinstimmend sei.
- IV Bei der Würdigung von Zeugenaussagen ist die ganze Individualität des Zeugen sowie seine Stellung zum Angeschuldigten zu erwägen und darauf zu sehen, ob die Aussage bestimmt und deutlich sei und ob sie auf eigener Wahrnehmung oder etwa nur auf Hörensagen oder bloßen Vermutungen beruhe.

Forts. FN 197. Die freie Beweiswürdigung wird im Sinne eines Verbots willkürlicher Beweiswürdigung als Grundsatz des Bundesrechts betrachtet (Art. 4 BV). Die negativen Beweisregeln des alten nw-Strafprozeßrechts - insbesondere die §§ 45 und 55 - waren deshalb mit Bundesrecht nicht vereinbar und durften für die Beurteilung von Tatbeständen des Bundesrechts nicht angewendet werden; vgl. Hauser, Rechtsprechung ZStrR 90, 263 f; diese Vorschriften hätten theoretisch allenfalls bei der Beurteilung des kantonalen Strafrechts Anwendung finden dürfen.

- 198) Schenker, Beweiswürdigung S. 49, 52; er hält diese für den Laien formulierten Ratschläge für so gut, daß sie auch dem juristisch vorgebildeten Richter nichts schaden (S. 53).
- 199) Die Ratschläge in AR, GL und OW sind zwar nicht so ausführlich, inhaltlich aber kaum anders.

- V Wenn der Beweis gegen den Angeschuldigten auf Indizien beruht, d.h. auf einzelnen Umständen, die den Schluß darauf gestatten, daß er ein Verbrechen begangen habe, so hat der Richter hauptsächlich zu prüfen, ob diese Umstände an sich feststehen, ob sie unter sich im Zusammenhang sind, ob sie nicht mit anderen ermittelten Umständen in Widerspruch stehen, und ob ihre Übereinstimmung so stark ist, daß sie vernünftigerweise nicht anders erklärt werden können, als daraus, daß die strafbare Tat durch den Angeschuldigten begangen worden sei.
- VI Die Strafverfolgungsbehörden haben nach den gleichen Grundsätzen die Stärke des durch die Beweise begründeten Verdachts zu erwägen.

Dieses Zitat möge für sich selbst sprechen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß in der Schweiz die vorbehaltlose freie Beweiswürdigung nicht als Präjudiz für eine bestimmte - unmittelbare oder mittelbare - Gestaltung der Beweisaufnahme angesehen wird. Die freie Beweiswürdigung wird in beiden Verfahrensarten geübt, ohne daß durchgreifende Bedenken²⁰⁰⁾ hinsichtlich etwaiger Qualitätsmängel in der Beweiswürdigung bei dem mittelbaren Verfahren geäußert würden.²⁰¹⁾ Auch wird die Nachbarschaft der freien Beweiswürdigung und der formellen Unmittelbarkeit innerhalb derselben Vorschriften²⁰²⁾ anders als in Deutschland nicht zum Anlaß für tiefergehende Betrachtungen über einen Zusammenhang beider Prinzipien genommen.

200) Im Gegenteil: Vgl. oben FN 196

201) Wenn etwa Hauser, Protokollierung S. 30 ff sich um qualitativ bessere Protokolle bemüht, so leitet er daraus nichts gegen die mittelbare Beweisaufnahme her; ebenso geht auch v.Cleric, Unmittelbarkeit SJZ 12, 45 - bei aller Kritik am mittelbaren Verfahren - nicht so weit, aus Gründen einer "besseren" Beweiswürdigung dem unmittelbaren Beweisverfahren den Vorzug zu geben.

202) Vgl. AG 28 I; BE 254; GR 125 II; NE 224; NW 111II; OW 4 I, 123; SH 218 I (im Wortlaut wie § 261 der DStPO); SG 167 I; TG 158 II; ZH 220, 276, 284.

II -- Die gesetzliche Regelung und die praktische Bedeutung der formellen Unmittelbarkeit --

a) Die gesetzlichen Grundlagen

1. Deutsches Recht

In dem Grundsatz der formellen Unmittelbarkeit haben wir die Forderung erblickt, daß das Gericht von den zur Rekonstruktion benutzten Beweismitteln in unmittelbar eigener sinnlicher Wahrnehmung Kenntnis erlangen soll.²⁰³⁾ Im Vordergrund der Betrachtung müssen in diesem Zusammenhang deshalb die Vorschriften stehen, die zum einen den Ort der Beweisaufnahme, die Hauptverhandlung, und zum anderen deren Subjekt, den erkennenden Richter, festlegen.

In dieser allgemeinen Form, die zunächst noch nicht differenziert nach den einzelnen Beweismitteln²⁰⁴⁾, führt die Fragestellung zu der vielschichtigen Vorschrift des § 261²⁰⁵⁾, die bereits oben im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Mündlichkeit besprochen wurde. Danach hat das Gericht die Urteilsgrundlagen²⁰⁶⁾ aus dem "Inbegriff der Hauptverhandlung" zu schöpfen. Die Beweisaufnahme hat also in der Hauptverhandlung²⁰⁷⁾ und als Teil von ihr stattzufinden. Dasselbe ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 244 ff, die das Verfahren der Beweisaufnahme regeln. Aus nahezu jeder Vorschrift im Abschnitt Hauptverhandlung ergibt sich als Folge der Pflicht zur umfassenden Aufklärung²⁰⁸⁾ der Auftrag an das Gericht, alle ihm von Amts wegen oder nach Beweisantrag einer Partei notwendig erscheinenden Beweise in der Hauptverhandlung zu erheben.

203) Eb. Schmidt, LK I RN 444

204) So auch Beling, Reichsstrafprozeßordnung S. 317; RGSt 39, 303 f

205) Ebenso Löhr, Unmittelbarkeit S. 39

206) Sprich: Seine Überzeugung aufgrund der Beweisaufnahme.

207) Diese beginnt mit dem Aufruf der Sache (§ 243 I 1) und endet mit der Verkündung des Urteils (§ 260 I).

208) § 244 II; vgl. Spendel, Wahrheitsfindung JuS 1964, 465

Aus allen Vorschriften entnehmen wir ferner den Grundsatz der persönlichen Beweiserhebung durch das erkennende Gericht.²⁰⁹⁾

Hiervon kennt das Gesetz in den §§ 223-225 zwei scheinbare Ausnahmen, die eine Art vorweggenommener Beweiserhebung zum Zwecke der Beweissicherung darstellen.²¹⁰⁾ Stellt das Gericht²¹¹⁾ nach Eröffnung des Hauptverfahrens²¹²⁾ bei einem Zeugen oder Sachverständigen eine unabwendbare Verhinderung auf den Zeitpunkt der Hauptverhandlung fest, so kann es seine Vernehmung durch den ersuchten oder beauftragten

209) Unterstützend läßt sich hier § 226 anführen, sofern man den darin ausgedrückten Grundsatz der Verhandlungseinheit auf die erkennenden Richter bezieht. -- Es wird - wie auch bei Löhr, aaO S. 40 - vermieden, die gesetzliche Grundlage der formellen Unmittelbarkeit allein in § 261 zu sehen, vielmehr werden alle sich mit der Beweisaufnahme befassenden Vorschriften im Verbund herangezogen. Andererseits hat die entgegengesetzte Auffassung von Geppert, Unmittelbarkeit S. 146 den Vorzug, daß sie nicht - wie Löhr - § 261 deshalb als alleinige gesetzliche Grundlage ablehnt, weil dieser auch gestatte, daß etwa Untersuchungsprotokolle in der Hauptverhandlung verlesen werden. Dies nämlich ist keine Frage der formellen Unmittelbarkeit, die lediglich Kenntnisaufnahme von den gesetzlichen Beweismitteln in der Hauptverhandlung verlangt. Ob aber ein Zeugenbeweis durch einen Urkundenbeweis (Protokoll) ersetzt wird, ist eine Frage der materiellen Unmittelbarkeit. Die so relativ eng verstandene formelle Unmittelbarkeit lehnt sich stark an die Mündlichkeit an und bildet einen Gegensatz zur sog. Aktenzirkulation.

210) BGHSt 9, 27; es handelt sich nicht um echte Beweisaufnahmen, da als solche aus Gründen der Klarheit nur diejenigen zu bezeichnen sind, die vor dem erkennenden Gericht stattfinden. Die vorgängig der Hauptverhandlung getroffenen Beweismaßnahmen haben vorläufigen Charakter insoweit, als ihre Verwertbarkeit für das Urteil - durch Verlesen in der Hauptverhandlung, vgl. § 251 I S. 2 u. 3 - davon abhängt, daß die Voraussetzungen für die Maßnahmen noch im Zeitpunkt der Hauptverhandlung vorliegen und nicht eine Partei die Vornahme der Beweiserhebung in der Hauptverhandlung verlangt.

211) Nicht der Vorsitzende allein!

212) Für die im Zwischenverfahren zur Vorbereitung der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens vom Gericht für erforderlich gehaltenen Beweiserhebungen, §§ 202, 205 Satz 2, gelten die gleichen Grundsätze, vgl. oben FN 210.

Richter²¹³⁾ anordnen. Dies geschieht ferner, wenn dem Zeugen oder Sachverständigen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung vom Prozeßort nicht zugemutet werden kann.²¹⁴⁾ Die Vernehmung ist im Unterschied zur sonstigen Praxis regelmäßig eine uneidliche.

Gemäß § 225 kann außerhalb der Hauptverhandlung ein richterlicher Augenschein angeordnet werden. Nach dem Wortlaut der Vorschrift geschieht dies allgemein "zur Vorbereitung der Hauptverhandlung"²¹⁵⁾, es besteht jedoch kein Zweifel, daß auch diese Maßnahme der Beweissicherung dient.

Alle vorgängigen Beweiserhebungen finden unter einer eingeschränkten Parteioffentlichkeit statt in dem Sinne, daß die Parteien vom Termin zu unterrichten sind. Ihre Anwesenheit ist nicht Wirksamkeitsvoraussetzung dieser Maßnahmen. Die aufgenommenen Protokolle sind den Parteien vorzulegen, womit die entsprechende Vorschrift²¹⁶⁾ der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs dient. Die Verwertung der Protokolle²¹⁷⁾ für das Urteil geschieht durch Verlesen in der Hauptverhandlung.

-
- 213) Der ersuchte Richter ist Mitglied eines fremden, meist auswärtigen Gerichts, der beauftragte Richter gehört dem erkennenden Gericht an, wenngleich er nicht an der Hauptverhandlung teilnehmen muß, BGHSt 2,2. Das unterstreicht den vorläufigen, sichernden Charakter dieser Maßnahme, bei der es auf einen persönlichen Eindruck des Richters nicht ankommt. Deshalb ist auch Peters, Lehrbuch S. 481 zuzustimmen, wenn er eine kommissarische Vernehmung durch die drei Berufsrichter des erkennenden Gerichts für unzulässig hält und sich so gegen die h.M. stellt (vgl. BGH NJW1956,600; Kleinknecht, StPO § 223 RN 4). Ein solches Vorgehen wird nur dort Platz greifen, wo es auf den persönlichen Eindruck von der Aussageperson ankommt. Dieser aber sollte dem Gesamtgericht vorbehalten bleiben. Allenfalls erscheinen kommissarische Vernehmungen vor dem vollständig besetzten Gericht am Wohnort des Zeugen zulässig, wie dies anlässlich verschiedener NS-Prozesse in der Vergangenheit auch geübt wurde.
- 214) Entscheidend ist nicht allein die räumliche Entfernung, sondern vor allem deren Verhältnis zur Bedeutung der Sache und der Aussage.
- 215) Namentlich, um einen zügigen Ablauf der Verhandlung zu gewährleisten.
- 216) § 224
- 217) Diese sind im eigentlichen Sinne Beweismittel.

Dieser Vorgang der eigentlichen Kenntnisnahme von den Beweisergebnissen durch das erkennende Gericht ist gesetzlich deutlich unterschiedlich geregelt, je nachdem, ob es sich um persönliche oder sachliche Beweismittel handelt.²¹⁸⁾ Die Ursachen dafür hängen eng mit den Fragen der Qualität und dem Beweiswert der erhobenen Kenntnisse zusammen. Diese Fragen aber sollen nach dem hier eingeschlagenen Weg der Überlegungen separat, und zwar unter dem Stichwort "materielle Unmittelbarkeit" behandelt werden.²¹⁹⁾ Aus diesem Grund wird auch an anderer Stelle²²⁰⁾ dargestellt werden, in welchem Maße das erkennende Gericht zur Erhaltung der formellen Unmittelbarkeit in Bezug auf die einzelnen Beweismittel²²¹⁾ verpflichtet ist.

2. Schweizerisches Recht

Der Grundsatz der formellen Unmittelbarkeit im Sinne einer direkten Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht ist zwar keiner schweizerischen Strafprozeßordnung unbekannt, wird aber von der überwiegenden Anzahl der Gesetze nicht als Grundsatz, sondern lediglich als Möglichkeit verwirklicht, von der das Gericht nach Ermessen²²²⁾ Gebrauch machen kann.

218) §§ 251, 249

219) Die konsequente Trennung der Fragen der formellen und der materiellen Unmittelbarkeit ist zum ersten Mal wohl von Geppert, Unmittelbarkeit S. 146 herausgearbeitet worden, der damit die sonst an dieser Stelle anzutreffende Feststellung, daß der Grundsatz der formellen Unmittelbarkeit mehr für die persönlichen als für die sachlichen Beweismittel verwirklicht ist, auflöst und in den auch hier vertretenen Zusammenhang stellt. Vgl. dazu auch Eb.Schmidt, LK I RN 444; v.Kries, Lehrbuch S. 347; Löhr, Unmittelbarkeit S. 43 FN 20.

220) Siehe unten HAUPTTEIL B

221) Zeugen, Sachverständige, Angeklagter, Urkunden und Augenschein.

222) Dieses Ermessen ist von Amts wegen oder auf Antrag der Parteien nach den Kriterien der Erforderlichkeit und Zweckmäßigkeit auszuüben.

Man hat es weitgehend vermieden, sich für die Gestaltung der Hauptverhandlung dem Zwang der Unmittelbarkeit zu unterwerfen. Prozeßrechtlich orientiert ist die eine Begründung hierfür: Der Hauptverhandlung geht in aller Regel eine gründliche Voruntersuchung voraus, deren Genauigkeit durch eine Wiederholung der Beweisaufnahmen vor dem erkennenden Gericht nicht wieder erreicht werden könne. Verwaltungstechnische Gründe stehen hinter der anderen Begründung: Direkte Beweisverhandlungen vor den erkennenden Gerichten führten zwangsläufig zu einer Überlastung der kantonalen Gerichte, die durchweg weder von der Zahl noch von der personellen Ausstattung her vergleichbar sind mit der bundesdeutschen Gerichtslandschaft. Letztlich spielen hier natürlich auch die finanziellen Möglichkeiten der Kantone eine Rolle.²²³⁾

Wir haben diese Konstruktion an anderer Stelle (oben Einführung S. 23) "zweckmäßige Unmittelbarkeit" genannt. Sie wird insbesondere durch die Stellung des Vorsitzenden geprägt, welcher Beweisverhandlungen vor Gericht anordnen kann, wenn ihm dies "notwendig" oder "erforderlich" erscheint, ohne an weitergehende gesetzliche Kautelen gebunden zu sein.²²⁴⁾

aa) Das Gericht darf sich sein Urteil gleichermaßen nach einem mündlichen Verfahren mit der Einvernahme der

223) Dazu der Kommentar von v.Cleric, Unmittelbarkeit SJZ 12, 41: "Ich halte dieses Argument für durchaus unstichhaltig. Wenn zuwenig Arbeitskräfte vorhanden sind, müssen sie eben vermehrt werden, Kosten hin oder her; eine unrichtige Justiz lediglich aus Sparsamkeitstendenz ist unbedingt zu verwerfen." - Siehe auch Fritzsche, Zweck der Untersuchung in FSchr f. Pfenninger S. 73 Ziff. 4; - Es sind natürlich für die kleineren Kantone naheliegende finanzielle Überlegungen, die die Beibehaltung der inquisitorischen Mittelbarkeit fordern. Dies stellt auch Manke, Gerichtliche Voruntersuchung S. 160 fest und zitiert (FN 1) Clerc mit der Vermutung, daß etwa der Entwurf von Wallis aus dem Jahre 1960 in seinem Inhalt eher vom Finanz- als vom Justizdepartement bestimmt wurde.

224) Dahinter steht jedoch die Aufklärungspflicht des Gerichts im Dienste der materiellen Wahrheit. Anders als in Deutschland (§ 244 II) ist dieser Grundsatz nur vereinzelt ausdrücklich ausgesprochen.

wichtigsten Zeugen und nach den Akten der Untersuchung bilden.²²⁵⁾ Im einzelnen gilt dies für folgende Kantone:

Aargau²²⁶⁾
Appenzell-Außerrhoden 227)
Appenzell-Innerrhoden 228)
Graubünden²²⁹⁾
Luzern²³⁰⁾

-
- 225) Vgl. Hauser, Zeugenbeweis S. 249 f, an dessen Systematisierung sich die nachfolgende Übersicht anlehnt. Es werden weitgehend lediglich die Paragraphen bezeichnet; eine nähere inhaltliche Darstellung würde den Rahmen der Untersuchung sprengen.
- 226) AG 27 ("Der Richter hat den Angeklagten selbst anzuhören und die wichtigeren Beweise selbst zu erheben."); im Widerspruch dazu steht jedoch § 147, der vorgängige Aktenzirkulation anordnet; Dazu E. Meier, Verfahrensgrundsätze S. 82 ff; kritisch Pfenninger, Probleme S.43; vgl. ferner §§ 157, 158, 161, 180.
- 227) AR 24 (Zweck der Untersuchung ist es, den vollständigen Beweis der Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu erbringen); ferner 80 III, IV; 81, 82.
- 228) AI 24 I (wie AR), 41, 42, 45, 48-50; vgl. Weydmann, Übersicht ZStrR 14, 277 (281); diese Übersicht aus dem Jahre 1901 hat auch noch für das heutige Verfahren in der Hauptverhandlung Bedeutung.
- 229) GR 75, 105, 106, 113, 125 II; vgl. Tarnutzer, Die Stellung des Beschuldigten S. 129: Weder der Grundsatz der Mündlichkeit noch jener der Unmittelbarkeit sei durchgehend verwirklicht, vielmehr liege das Schwergewicht auf der Untersuchung. In der Hauptverhandlung stütze man sich größtenteils auf die Akten, um das Urteil zu fällen.
- 230) LU 175; vgl. Lerch, Mittelbarkeit ZStrR 67, 355 ff (1952, somit noch zum alten Recht, das allerdings in dem hier interessierenden Punkt unverändert blieb): Das Verfahren vor Kriminal- und Amtsgericht gestaltet sich nach dem Grundsatz der Mittelbarkeit (§ 357), weil die Beweise nicht vor dem erkennenden Gericht, sondern vor der Untersuchungsbehörde erhoben werden (§ 358); die frühere Einschränkung, daß Zeugen nur zum Zwecke der Beeidigung - und ggf. ergänzenden Befragung - zu laden waren, ist heute aufgegeben. Einzig in dieser Form ist § 167, wonach alle Richter unterschriftlich bestätigen müssen, daß sie die Akten vor der Hauptverhandlung gelesen haben!

Neuenburg (vor Polizeigericht bei Abwesen-
heit des Angeklagten)²³¹⁾
Nidwalden (vor Kantonsgericht)²³²⁾
Obwalden²³³⁾
Solothurn²³⁴⁾
Schwyz²³⁵⁾
St. Gallen²³⁶⁾

-
- 231) NE 205, 215 I, III; der Gerichtsvorsitzende ist - wie in den welschen Kantonen häufig - mit einem "pouvoir discrétionnaire" ausgestattet, er kann demzufolge bestimmen, in welchem Umfang Untersuchungsakten in der Hauptverhandlung verlesen werden, Art. 207.
- 232) NW 103 II Ziff. 6, 105 II, 109 II.
- 233) OW 29, 106, 110 (Vorladung eines Zeugen nur in wichtigen Fällen); lt. Hauser, Zeugenbeweis S. 249 macht die Praxis in Obwalden grundsätzlich keinen Gebrauch von der Möglichkeit einer unmittelbaren Beweisaufnahme, so daß dieser Kanton an sich nicht in diese Gruppe gehört. Hauser nennt dies ein "von der Inquisition beeinflusstes System der Mittelbarkeit".
- 234) SO 105 V, 106 (Aktenzirkulation), 113, 121, 124; zum Verfahren vor Schwurgericht, das selbstverständlich streng dem Grundsatz der Unmittelbarkeit folgt, siehe Hauert, Schwurgericht S. 98.
- 235) SZ 90 I, 91 I ("Ob und inwieweit Ergebnisse der Strafuntersuchung, insbesondere Aussagen nicht vorgeladener Zeugen, zur Orientierung der Richter vorgelesen werden, entscheidet der Präsident."), 101; vgl. näher Husi, Strafverfahren S. 72 ff: Der Richter ist frei, ergänzende Untersuchungshandlungen selbst in der Hauptverhandlung vorzunehmen, wenn ihm dies nach dem Studium der Akten erforderlich erscheint.
- 236) SG 141, 147, 158, 160 (der Präsident hat die Befugnis, Akten der Voruntersuchung verlesen zu lassen), 167 I; der Präsident kann in Zweifelsfällen die Akten zur ergänzenden Untersuchung an die Staatsanwaltschaft zurückverweisen, oder eine Beweisaufnahme vor Gericht verfügen, vgl. Obergericht (Anklagekammer) GVP 1972 Nr. 42; der Angeklagte hat in jedem Fall das Recht, die Wiederholung oder Ergänzung einer Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht zu beantragen, die Ablehnung solcher Anträge kann u.U. eine revisible "Verkürzung von Parteirechten" sein, vgl. Kassationsgericht GVP 1967 Nr. 54 S. 151. - Forts. S. 86

Thurgau²³⁷⁾

Uri²³⁸⁾

Wallis²³⁹⁾

Zug²⁴⁰⁾

Zürich (vor Bezirks- und Kantonsgericht)²⁴¹⁾

Forts. FN 236: Die Vorschrift des Art. 141, wonach einem Beweisantrag auf erneute Zeugeneinvernehmung bei wesentlicher Bedeutung für die Feststellung einer bestrittenen Tatsache stattzugeben ist, gibt dem Angeklagten ein in dieser Form vergleichsweise weitgehendes Beweisantragsrecht. Allerdings deutet schon die systematische Stellung der Vorschrift darauf hin, daß solche Beweisanträge grundsätzlich vor der Hauptverhandlung zu stellen sind, damit deren genau vorbereiteter und zügiger Ablauf nicht unterbrochen wird. - Aus Art. 164 I ist zu schließen, daß ein erst in der Hauptverhandlung gestellter Beweisantrag in aller Regel zur Aktenrückverweisung führt, daß also ein unmittelbares Beweisverfahren vor Gericht stark von rechtzeitig gestellten Beweisanträgen abhängt.

- 237) TG 80, 157 II (das Gericht "hat von sich aus oder auf Antrag der Parteien wichtige Beweise selbst zu erheben, sofern die Untersuchungsakten nicht als genügende Grundlage für die gerichtliche Beurteilung erscheinen.")
- 238) UR 14, 81-83, 89 I; vgl. Regli, Strafverfahren S. 109: Die Erhebungen im Vorverfahren bilden die eigentliche Grundlage für die Urteilsbildung des Richters in der Hauptverhandlung, wenngleich der Richter durchaus die Möglichkeit hat, Beweismittel selbst zu erheben.
- 239) VA 51, 116, 117, 130, 132, 139 Ziff. 2.
- 240) ZG 15, 81, 82; beachtenswert ist § 53, der dem Gerichtspräsidenten eine weitgehende Verlesungsbefugnis einräumt. Nach Ansicht von B. Iten, Studien S. 119 (1939, also ein Jahr vor Erlass der ersten zugerischen StPO) ist die unmittelbare Wahrnehmung des erkennenden Richters "hauptsächlich da von Wichtigkeit, wo der Angeklagte kein Geständnis abgelegt hat und das Gericht deshalb, gestützt auf die Indizien sein Urteil fällen muß."
- 241) ZH 174, 176, 276 II, 278, 284; nach der Vorstellung des Gesetzes sind die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit nur teilweise berücksichtigt, "indem der Richter ungefähr gleichmäßig aus Voruntersuchung und Hauptverhandlung schöpft" (Pfenninger, Probleme S.42) -- In der Praxis hingegen ist von einem Gleichgewicht zwischen Untersuchung und Hauptverhandlung nichts zu spüren, weil Zeugen in der Hauptverhandlung höchst selten einvernommen werden und auch sonstige Beweisverhandlungen als Ausnahme anzusehen sind. Vgl. dazu schon v. Cleric, Unmittelbarkeit SJZ 12 S. 44; Pfenninger aaO; Fritzsche aaO S. 73; Noll, Strafprozeßrecht S. 91; Forts. S. 87

Festzustellen ist, daß mit Rücksicht auf die genannten Gründe dem Verfahren einer fakultativen Unmittelbarkeit die Tendenz zur weitgehenden Mittelbarkeit innewohnt, wofür die Praxis in allen erwähnten Kantonen beredte Beispiele liefert. Die hier gewählte Bezeichnung als "zweckmäßige Unmittelbarkeit" bedarf daher unbedingt der Erläuterung dahingehend, daß die Zweckmäßigkeit in aller Regel lediglich auf einen reibungslosen, zügigen und möglichst kostengünstigen Verwaltungsablauf abzielt. Sie wird - jedenfalls in der Praxis und in der neueren Literatur²⁴²⁾ - nicht ausdrücklich in den Dienst der materiellen Wahrheit gestellt, zu deren Erreichung der eigene sinnliche Eindruck des Richters doch eine wertvolle Hilfe leisten kann.

Forts.FN 241: "In der Praxis neigen die Gerichte aus Gründen der Prozeßökonomie immer mehr dazu, sich bei der Beweisaufnahme nur auf die Untersuchungsakten zu stützen." Sträuli, Gesetze Bd. III § 276 Anm. 3 a.E. gesteht ein, daß grundsätzlich der Satz gilt: Quod non est in actis, non est in mundo. -- Für die Praxis der Zeugenladungen bestimmt § 174 als Kriterium die Entfernung des Zeugen vom Gerichtsort. Danach werden vor Bezirksgericht keine Zeugen vorgeladen, die weiter als 30 km vom Gerichtsort entfernt wohnen. Vor Geschworenengericht darf der Zeuge nicht weiter als 100 km entfernt wohnen. Ausnahmen sind nur "aus besonderen Gründen" zulässig.--

Die zürcher Regelung ist eigentlich das beste Beispiel für die in der Schweiz vorherrschende Ansicht, daß eine gründliche, mit umfangreichen Rechtsgarantien für den Angeklagten ausgestattete Voruntersuchung eine unmittelbare Beweisaufnahme und die eigene richterliche Wahrnehmung von den Beweismitteln überflüssig macht. So besonders deutlich jüngst Noll, aaO S. 87/88. In der Tat finden wir in Zürich die bei weitem fortschrittlichste Regelung einer parteiöffentlichen Voruntersuchung. Zum Stellenwert der Parteiöffentlichkeit im Strafverfahren vgl. die Entscheidung des Kassationsgerichts in ZR 73 Nr. 77; im Rechenschaftsbericht des Obergerichts 1970 Nr. 41 S. 302 und in SJZ 1973, 70.

- 242) Erstaunlicherweise sind die schwungvollen Plädoyers von v.Cleric, Unmittelbarkeit SJZ 12, 41 ff und Pfenninger, Probleme S. 41 für eine unmittelbare Beweisaufnahme in den neuesten Gesetzeswerken ohne entscheidende Aufnahme geblieben und werden auch in der neueren Literatur kaum noch aufgenommen, wie etwa die Stellungnahme Nolls aaO S. 86 beweist.

In diesem Sinne dient der Straffung der Hauptverhandlung auch das Institut der fakultativen Aktenrückverweisung an die Staatsanwaltschaft zur Ergänzung der Untersuchung.²⁴³⁾ Die Akten sollen nach Möglichkeit "spruchreif" zur endgültigen Entscheidung an das Gericht gelangen.²⁴⁴⁾

bb) In einem einzigen Fall, nämlich im Kanton Freiburg, finden wir überhaupt keine Voruntersuchung.²⁴⁵⁾ Es

243) AG 156 IV (vgl. dazu Brühlmeier, Strafverfahren § 156 Anm. 2 und Obergericht AGVE 1974, 119).
AR 82 III; - AI 49; - GL 128; - GR 103 II und 118 I; LU 175 II; - NW 109 III; - SO 123 (Obergericht); - SG 140 I und 164 I (vgl. dazu Obergericht GVP 1972. Nr. 42); - UR 88 I und III; - ZH 183 II und 285. -- Durchweg genügt für die Zurückverweisung die Feststellung, daß der Sachverhalt ergänzungsbedürftig sei; lediglich die Kantone AR und GR (118 I) machen zur weiteren Voraussetzung, daß ergänzende Beweismaßnahmen nicht sofort in der Hauptverhandlung durchgeführt werden können.

244) Kritisch dazu v.Cleric aaO S. 44; Fritzsche aaO S. 57, 72 f. - Es wird zu Recht eingewandt, dieses Verfahren sei schon deshalb zweifelhaft, weil der Richter seine Kompetenz an eine am Ausgang des Verfahrens interessierte Prozeßpartei delegiere, die sich überdies den unliebsamen Vorwurf gefallen lassen müsse, sie habe die Untersuchung mangelhaft oder unvollständig geführt. - Das Bestreben, dem erkennenden Gericht möglichst spruchreifes Aktenmateriel zu liefern, mithin die Hauptverhandlung von etwaigen zeitraubenden Beweismaßnahmen zu entlasten, wird durch die Möglichkeit der Gerichte, die Akten zur "Ergänzung" zurückzuweisen, in einer Weise gefördert, die in aller Regel dem gesetzlich normierten Untersuchungszweck zuwiderläuft. Regelmäßiger Untersuchungszweck (dazu Messinger, Voruntersuchung S.61,78; Noll, Strafprozeßrecht S. 86) ist die Entscheidung der Frage, ob Anklage zu erheben oder das Verfahren einzustellen sei. Das setzt lediglich eine Ermittlung bis zu einem für die Verurteilung hinreichenden Tatverdacht voraus. Demgegenüber will die bis zur "Spruchreife" geführte Untersuchung bereits weitgehende Gewißheit für die Verurteilung liefern (besonders deutlich AR 24 und AI 24: "voller Beweis"; hier ergibt sich das Streben nach Spruchreife allerdings konsequent bereits aus dem Gesetz). - Zum Vorgang der Aktenrückverweisung und Aktenergänzung vgl. noch die nachfolgenden Vorschriften:
AR 82 III; - AI 49; - GL 128; - GR 103 II und 118 I; - NW 109 III; - SO 123 (Obergericht); - SG 140 I und 164 I; - UR 88 I und III; - ZH 183 II und 285.

245) FR 17 Ziff. 6

findet lediglich ein unmittelbares Erkenntnisverfahren vor Gericht statt. Diese Regelung ist allerdings beschränkt auf leichte Vergehen und Übertretungen.

cc) Das andere Extrem hierzu bietet Glarus²⁴⁶⁾, wonach bei Übertretungen eine unmittelbare Parteiverhandlung und Beweisaufnahme nicht stattfindet, sofern zuvor eine gerichtliche Voruntersuchung durchgeführt worden ist.

Einzigartig ist das Verfahren vor Strafgericht in Nidwalden.²⁴⁷⁾ Hier hat der Gesetzgeber aus der bisherigen Praxis in der auf den 1.1.1977 in Kraft getretenen und somit "modernsten" StPO der Schweiz die Konsequenz gezogen und vor Strafgericht ein ausschließlich mittelbares Aktenverfahren vorgesehen. Es findet ausdrücklich weder eine mündliche Parteiverhandlung²⁴⁸⁾ noch eine eigene Beweiserhebung statt. Die Hauptverhandlung besteht lediglich darin, daß das Gericht "den Antrag des Staatsanwalts an die Strafabteilung des Strafgerichts auf Ausfällung eines Strafurteils"²⁴⁹⁾ in öffentlicher Sitzung auf seine Stichhaltigkeit überprüft.²⁵⁰⁾ Dieser Antrag kann ohne weitere eigene Begründung des Gerichts zum Urteil erhoben werden.²⁵¹⁾

246) GL 194

247) NW 100 I

248) Hier ist allerdings in § 100 I 2. Halbsatz eine Ausnahme zugelassen, wenn es für "nötig erachtet" wird. Das Gericht urteilt also im wahrsten Sinne des Wortes "ohne Ansehen der Person"!

249) § 96, dieser Antrag muß einen bestimmten Mindestinhalt haben und begründet sein.

250) Art. 100 II, das Gleiche gilt für Anträge des Verhörrichters.

251) Die Vorschrift sagt im gleichen Atemzug: "oder zum Einstellungsbeschluß". Freisprechende Urteile gibt es offenbar nicht. Das Verfahren erinnert an ein Strafbefehlsverfahren mit Entscheidung in öffentlicher Sitzung. Das steht im Widerspruch zur einhelligen schweizerischen Praxis, wonach ein vor Gericht gestellter Angeklagter entweder zu verurteilen oder freizusprechen ist. Vgl. dazu Bauhofer, Wer vor Gericht gestellt wird, FSchr f. Pfenninger S. 15 ff.

dd) Eine in etwa mit der bundesdeutschen Regelung vergleichbare Gestaltung der Unmittelbarkeit wird in den Kantonen bereits indiziert, die ausdrücklich die Hauptverhandlung zur Urteilsgrundlage erheben.²⁵²⁾ Sind die urteilsrelevanten Tatsachen allein der Hauptverhandlung zu entnehmen, so spricht einiges dafür, daß diese Tatsachen mittels einer unmittelbaren Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung gewonnen werden. Dies muß aber nicht so sein, denn wir hatten die Urteilsgrundlage bereits früher²⁵³⁾ in erster Linie als Merkmal zur Bestimmung des Mündlichkeitsprinzips erkannt. Ein mündliches Verfahren zieht jedoch nicht notwendigerweise eine unmittelbare Beweisaufnahme nach sich, weil die Ergebnisse der Untersuchung auch in der Hauptverhandlung verlesen werden können, ohne daß dort Beweise erhoben werden. Das wird deutlich am Beispiel Graubündens:²⁵⁴⁾ Der Richter soll seine Überzeugung dort aus der Hauptverhandlung schöpfen, gleichwohl gehören Beweisaufnahmen vor dem erkennenden Gericht zu den Ausnahmen, weil in der Regel der Akteninhalt in der Hauptverhandlung verlesen wird.

Wie in Deutschland ist in den nachfolgend genannten Kantonen das mündliche Verfahren zugleich auch ein unmittelbares:

Basel-Landschaft²⁵⁵⁾

Basel-Stadt²⁵⁶⁾

252) BL, BS, BE, FR, GR und SH; vgl. im einzelnen oben FN 39-45.

253) S.o. im Abschnitt Mündlichkeit I a 2 (S. 35 ff)

254) GR 125 II im Vergleich zu den FN 229 genannten Vorschriften.

255) BL 42 II, 128 I ("Das Gericht nimmt in der Verhandlung unmittelbar die für sein Urteil wesentlichen Beweis-erhebungen vor."). - Systemfremd ist eigentlich § 129 Abs. I Satz 2, wonach notwendige ergänzende Beweismaßnahmen zur Durchführung auch an die Staatsanwaltschaft delegiert werden dürfen!

256) BS 14 I, 168, 179

Bern²⁵⁷⁾
Freiburg²⁵⁸⁾
Genf²⁵⁹⁾
Glarus²⁶⁰⁾

-
- 257) BE 89, 231, 237, 243, 249, 289 I.
Vgl. dazu Waiblinger, Strafverfahren Art. 230 Anm. 2 und Art. 249 Anm. 2; Krauer, Gestaltungsprinzipien S. 45 ff; Zürcher, Unmittelbarkeit S. 97 ff; Obergericht in ZBJV 81, 93: Als Zentralfrage des Unmittelbarkeitsgrundsatzes wird bezeichnet, wie weit der Einfluß der Voruntersuchung auf die Hauptverhandlung gehen dürfe. Der Zweck der Voruntersuchung deute an (§ 89), daß dieser Einfluß möglichst gering sein solle. Allerdings ergebe sich aus dem partiellen Verlesungsverbot des § 249 nicht zugleich auch ein Verbot der Aktenzirkulation. Vielmehr werde das im geschworenengerichtlichen Verfahren streng geltende Unmittelbarkeitsprinzip in der Praxis auch vor Amtsgericht gehandhabt: "Überdies steht diese Praxis fest, indem eine Zirkulation von Voruntersuchungsakten bei den Amtsgerichten sonst nicht üblich ist." (S. 95). - Deutlicher spricht sich das Obergericht in ZBJV 88, 122 gegen jede Aktenzirkulation aus: Die ganze Beweisführung solle sich vor dem urteilenden Gericht abspielen, wofür es nicht genüge, daß etwa die Zeugen ihre verlesenen Voruntersuchungsaussagen lediglich bestätigen. Betont wird der persönliche Eindruck des Gerichts als Überzeugungsbildendes Moment (S. 124).
- 258) FR 17 Ziff. 7, 31 Ziff. 1, 36 (unmittelbare Beweisaufnahme regelmäßig nur bei Verbrechen); vgl. Kassationshof in Extraits 1965, 83: Der Richter darf sein Urteil nur auf Beweise gründen, die vor ihm und den Parteien ausbreitet werden; ähnlich in Extraits 1962, 142.
- 259) GE 277 ff; zu beachten ist aber die weitgehende Verlesungsbefugnis des Vorsitzenden aufgrund seines "pouvoir discrétionnaire" (Art. 241, 383).
- 260) GL 40, 104 Ziff. 2, 114, 121; vgl. Streiff, Strafrechtspflege S. 238, 247 (in der Bezeichnung der Vorschriften überholt durch die Neufassung des Gesetzes); gegenüber den anderen hier genannten Kantonen herrscht in Glarus lediglich ein eingeschränkt unmittelbares Beweisverfahren: Grundsätzlich werden nach Art. 104 Ziff. 2 nur solche Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständige vorgeladen, "deren Aussagen von erheblichem Einfluß auf das Urteil sein können". Die Parteien haben von sich aus kein Beweisantragsrecht in der Hauptverhandlung, sie können lediglich anregen (Art. 128), daß die Untersuchung in der einen oder anderen Richtung ergänzt wird. Schließlich können die Richter in der Beratung uneingeschränkt die Verlesung von Aktenstücken verlangen (Art. 130 II)!

Neuenburg²⁶¹⁾

Schaffhausen²⁶²⁾

Tessin²⁶³⁾

Waadt²⁶⁴⁾

Zürich (Geschworenengericht)²⁶⁵⁾

Ferner gehören in diesen Zusammenhang die Verfahren in Bundesstrafsachen²⁶⁶⁾ und die Verfahren nach der Militärstraßgerichtsordnung.²⁶⁷⁾

Allen hier genannten Regelungen ist gemeinsam, daß sie eine Ersetzung der unmittelbaren Beweisaufnahme durch die Verlesung von Untersuchungsprotokollen nur unter genau umrissenen Voraussetzungen zulassen, wenn man von dem "pouvoir discrétionnaire" des Vorsitzenden in den Kantonen Genf, Neuenburg und Waadt absieht.

ee) Die Fälle, in denen sich nach Eingang der Akten beim Gerichtsvorsitzenden bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung Hindernisse für eine auf den Zeitpunkt der Hauptverhandlung vorgesehene unmittelbare Beweisaufnahme herausstellen, sind überwiegend auch in den schweizerischen Prozeßordnungen vom Gesetzgeber bedacht worden.

261) NE (Geschworenengericht und Polizeigericht) 112, 192, 205, 225; wie in Genf hat der Vorsitzende ein weitgefaßtes Verlesungsrecht (Art. 207).

262) SH 157, 201, 206-208, 218; Aus der schaffhauser StPO spricht besonders deutlich das Vorbild der deutschen StPO. Nach einem Urteil der staatsrechtlichen Kammer des Bundesgerichts in SJZ 1966, 161 gilt es als Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit, "wenn das Urteil weitgehend auf der Aussage eines lediglich in der Voruntersuchung, nicht aber in der Hauptverhandlung einvernommenen Zeugen beruht".

263) TI 147, 180

264) VD 319 II, 346-350

265) ZH 174, 233, 240, 241

266) BStPO 137, 138, 157, 169 II

267) MStGO 131, 146, 149; Vgl. dazu Scherrer, Prozeßmaximen S. 92 und dort FN 23 und 24, der beklagt, daß aufgrund vielfacher Einschränkungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes de facto ein Aktenprozeß geführt werde, was er auf die Arbeitsüberlastung der Militärgerichte zurückführt.

Es sind außerhalb, meist vor der Hauptverhandlung durchzuführende Beweisaufnahmen zugelassen. Wo die Gesetze schweigen, kann aber nicht generell auf die Unzulässigkeit vorbereiten-der richterlicher Beweismaßnahmen geschlossen werden. Der Vorsitzende ist auch in diesen Kantonen zur zweckmäßigen und umfassenden Vorbereitung der Hauptverhandlung verpflichtet, so daß man ihm schon deshalb nicht die Befugnis absprechen kann, einzelne für erforderlich gehaltene Beweiserhebungen notfalls auch vor der Hauptverhandlung durchzuführen.

Von den Prozeßordnungen²⁶⁸⁾ mit prinzipiell unmittelbarer Beweisaufnahme haben Basel-Stadt, Bern, Schaffhausen, der Bund sowie die MStGO ausdrückliche Regelungen für vorgängige Beweismaßnahmen des Gerichts.²⁶⁹⁾ In den übrigen Kantonen (mit fakultativer Unmittelbarkeit) finden vorgängige richterliche Beweismaßnahmen unter dem Vorbehalt statt, daß der Vorsitzende eine Beweisaufnahme - auch in der Hauptverhandlung - überhaupt für erforderlich hält, oder daß darauf angetragen wurde. Dies wird ohnedies nur der Fall sein, wenn der persönliche Eindruck von einem Beweismittel im Einzelfall unabdingbar für entscheidend gehalten wird.

268) Im folgenden sind des Näheren lediglich die deutschsprachigen Kantone behandelt.

269) BS 161 III; der Präsident kann im Stadium vor Terminbestimmung "zur näheren Aufklärung" einzelne Beweiserhebungen selbst durchführen. Allerdings ergibt sich aus der Möglichkeit, die Akten auch an die Untersuchungsbehörde zurückzuweisen, daß wir es hier mit einem Prozeßstadium zu tun haben, das nach vergleichbarem deutschen Recht als Zwischenverfahren zur Anklagezulassung zu bezeichnen wäre. Ein formelles Zwischenverfahren mit Anklagezulassung und Eröffnung des Hauptverfahrens ist in der Schweiz weitgehend unbekannt. — BE 244; insbesondere wenn eine Zeugenaussage vor Gericht unmöglich ist, kann sie der Präsident vorher erheben oder sich der Rechtshilfe bedienen. SH 186; für "dringende Fälle", wenn auf den Zeitpunkt der Hauptverhandlung "nicht zu beseitigende Hindernisse" entgegenstehen. Ein Augenschein wird grundsätzlich vom Präsidenten selbst eingenommen, während er Vernehmungen auch auf den ersuchten Richter übertragen kann. Zulässig ist auch ein entsprechender Auftrag an das Verhöramt! — MStGO 131.

In Aargau, Graubünden, Luzern und Uri²⁷⁰⁾ fehlen nähere Angaben über die Zulässigkeit solcher Maßnahmen. Es entscheidet das Gebot der Zweckmäßigkeit, weshalb hier auch wahlweise die Aktenrückverweisung an die Untersuchungsbehörde möglich ist.

In den übrigen Kantonen mit ausdrücklicher Regelung finden sich wechselnde Formulierungen, mit denen die Schwierigkeiten, die einer Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung entgegenstehen müssen, umschrieben werden. Regelmäßig werden die Maßnahmen durch das Gesamtgericht oder eine Delegation durchgeführt.²⁷¹⁾

Nach allen genannten Verfahrensordnungen ist es soweit ersichtlich für die Verlesbarkeit der aufgenommenen richterlichen Protokolle²⁷²⁾ nicht erforderlich, daß der Grund für die vorgängige Beweiserhebung noch im Zeitpunkt der Hauptverhandlung fortbesteht. Generell gilt auch, daß alle vorgängigen Beweistermine zumindest beschränkt parteiöffentlich abzuhalten sind.

270) AG 35, 156 IV; die Maßnahmen werden vom Vorsitzenden, einer Delegation des Gerichts oder im Wege der Rechtshilfe durchgeführt, der Gerichtsschreiber ist zur Teilnahme berechtigt. Das Obergericht in AGVE 1974, 119 bezeichnet § 156 IV als Ausnahme zu dem in § 27 enthaltenen Unmittelbarkeitsprinzip; ebenso Brühlmeier, Strafverfahren § 156 Anm. 2 und § 27 Anm. 3.
GR 103 II; ausführendes Organ ist der Präsident.
LU 175 III; dazu Obergericht in Maximen 1965 Nr. 447; die Maßnahmen werden von "einem Richter" ausgeführt, wobei der Präsident oder der Referent (Berichterstatte) teilnehmen können.
UR 106 III; Ausführung durch "das Gericht" oder einen Ausschuß desselben.

271) NW (Kantonsgesicht) 105 III
SO 106 III. -- SZ 82 (kindliche Zeugen sind grundsätzlich vor der Hauptverhandlung zu vernehmen.)
SG 142 II. -- VA 117 (Hier heißt es, der Präsident "läßt" die Beweise aufnehmen, was sich auf richterliche wie nichtrichterliche Organe beziehen kann.)
ZG 41

272) Entsprechendes gilt für die auf Weisung des Gerichts von den Untersuchungsbehörden aufgenommenen Protokolle.

b) Die praktische Bedeutung der formellen Unmittelbarkeit

1. Die Forderung nach voller Wahrnehmungsfähigkeit des erkennenden Richters

aa) Deutsches Recht

Die formelle Unmittelbarkeit erfordert eine Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht. Dieser Vorgang, der die prozeßförmige Beziehung herstellt zwischen einem Tatsachenkomplex und dem zur Verarbeitung und Beurteilung dieser Tatsachen aufgerufenen Gericht, stellt sowohl in subjektiver Hinsicht an das aufnehmende Organ als auch in objektiver Hinsicht an die Situation gewisse Anforderungen. Die hier angesiedelten Probleme sollen nachfolgend angesprochen werden, wobei in diesem Zusammenhang noch nicht auf die besonderen Probleme der einzelnen Beweismittel Rücksicht zu nehmen ist.

Die Beweisaufnahme ist ein Wahrnehmungsvorgang, dessen subjektive Voraussetzungen es zunächst zu untersuchen gilt. Es ist bereits die Rede gewesen von der Verpflichtung des Gerichts zur ständigen und ununterbrochenen Anwesenheit während der Hauptverhandlung.²⁷³⁾ Der Richter muß aber nicht nur körperlich, sondern auch geistig, das heißt mit allen seinen Sinnen präsent sein. Die Wahrnehmungsfähigkeit des Richters kann beeinträchtigt sein durch absolute Mängel wie Taubheit oder Blindheit, sowie durch relative Mängel wie Schlaf oder Ablenkung.

(1) Für blinde oder taube Richter besteht ein ausdrückliches Verbot, ihr Richteramt auszuüben, nicht. Eine Lösung ist daher stets über eine Auslegung des § 338 Ziff. 1 StPO gesucht worden, der in einem unvorschriftsmäßig besetzten Gericht einen absoluten Revisionsgrund sieht. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung hatte blinde oder taube Richter kategorisch für unfähig erklärt, ihr Richteramt auszuüben.²⁷⁴⁾ Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs war ersichtlich bestrebt, dieses Verdikt einzuschränken, um zumindest den

273) S.o. I b 1. bb S. 53

274) RGSt 39, 303 ff; 60, 63 (64)

blinden Juristen den Richterdienst offenzuhalten.²⁷⁵⁾ Dabei wurde jedoch durchweg an der Frage vorbei entschieden, ob denn ein absoluter Sinnesmangel wie die Blindheit zu vereinbaren ist mit dem Gebot der eigenen sinnlichen Wahrnehmung. Das zeigt sich insbesondere an der Ansicht des BGH, das fehlende Sehvermögen sei bei blinden Richtern regelmäßig ausgeglichen durch eine besondere Schärfung der anderen Sinne.²⁷⁶⁾ Für den persönlichen Eindruck von einem Zeugen sei nicht unbedingt der visuelle Eindruck entscheidend.²⁷⁷⁾ Von grundlegender Bedeutung ist die weitere Ansicht des BGH, es sei gerade der Sinn eines Kollegialgerichts, die "menschlichen Unvollkommenheiten", mit denen auch Richter natürlicherweise behaftet seien, auszugleichen. So könnten die von einem Richter versäumten Wahrnehmungen diesem in der Beratung durch die anderen Richter bekannt werden. Dies sei kein Verstoß gegen das Unmittelbarkeitsprinzip, da dieses nur gegenüber dem Gesamtgericht gegeben sein müsse. So sei es zulässig, daß "die Wahrnehmungen der verschiedenen Richter in der Beratung zusammengetragen werden".²⁷⁸⁾ Zwar schränkt der BGH seine Auffassung dahin ein, daß bei "aufgesuchten" visuellen Eindrücken²⁷⁹⁾ die Mitwirkung eines blinden Richters unzulässig sei²⁸⁰⁾, es verbleibt aber ein Widerspruch zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts²⁸¹⁾, wonach die Mitwirkung eines blinden Richters nur dort unbedenklich sei, wo es um die Entscheidung von Rechtsfragen gehe. Schließlich ist die Differenzierung des BGH auch deshalb wenig überzeugend, weil

275) Ziegler, Zweckmäßigkeitstendenzen S. 147

276) BGHSt 4, 191 ff; zustimmend Kleinknecht, StPO § 338 RN 6 a

277) Daraus wird deutlich, daß der BGH im Rahmen der richterlichen Wahrnehmungsfähigkeit dem Mündlichkeitsprinzip eine höhere Bedeutung zumißt als dem Grundsatz der Unmittelbarkeit.

278) BGHSt 5, 354 (357); zustimmend Sarstedt, Revision S.144

279) Augenscheinseinnahme, Begutachtung von Zeichnungen oder Skizzen: Hier biete der Gehörsinn keinen ausreichenden Ersatz für das fehlende Sehvermögen.

280) So deutlich BGH in MDR 1964, 522 (Nr. 97), wo es um die Überführung eines Angeklagten ging, den das Opfer an der auffälligen Form seines Mundes beim Sprechen erkannt zu haben glaubte.

281) BVerfGE 20, 55

er sich selbst in einem obiter dictum²⁸²⁾ hinreichend deutlich gegen einen blinden Vorsitzenden ausspricht.²⁸³⁾

So ist diese Rechtsprechung auch massiver Kritik ausgesetzt, die vor allem bemängelt, daß der Wert des "nicht aufgesuchten" persönlichen Eindrucks von Personen ebensowenig berücksichtigt wird, wie die grundsätzliche Eigenverantwortlichkeit des einzelnen Richters.²⁸⁴⁾

(2) Eine eigenartig bedeutsame Stellung hat in der deutschen Strafrechtspflege der "schlafende Richter oder Schöffe".²⁸⁵⁾ Die Rechtsprechung rettet sich hier zumeist mit der Feststellung, es sei nicht nachgewiesen, daß der Schöffe oder Richter überhaupt geschlafen habe.²⁸⁶⁾ Durchgesetzt hat sich in der Rechtsprechung die Ansicht, ein schlafender Richter sei nur dann als abwesend anzusehen, wenn er über eine ins Gewicht fallende Zeit hinweg²⁸⁷⁾ wesentliche Teile der Verhandlung versäumt habe. Gegebenenfalls müßten diese Verhandlungsteile wiederholt werden. Im übrigen werde eine gelegentliche Unaufmerksamkeit dadurch ausgeglichen, daß allen

282) BGHSt 5, 354 (357)

283) Daraus müßte man die Unzulässigkeit eines blinden Einzelrichters folgern. Nach Angabe von Ziegler, Zweckmäßigkeitstendenzen S. 147 scheint es jedoch in der Praxis solche zu geben.

284) Eb.Schmidt LK I RN 435 FN 219; Löwe-Rosenberg, StPO (23. Aufl.) § 338 RN 42; Ziegler aaO; Geppert, Unmittelbarkeit S. 148 jeweils mwN.

285) Diese Figur ist Generationen von Juristen als Klausurproblem vertraut.-- Die meisten Stellungnahmen hierzu befassen sich allerdings mit der prozessualen Behandlung dieses Phänomens. Daß diese Sache einen ernsten Hintergrund hat, nämlich die bei Kollegialgerichten oft überlange Verfahrensdauer u.a. aufgrund des Unmittelbarkeitszwangs, gerät dabei in den Hintergrund.

286) Zur Rettung der Betroffenen wird dann festgestellt, sie hätten nur "besonders intensiv nachgedacht"; vgl. Seibert, Der unaufmerksame Richter NJW 1963, 1044 (1045); nach Ansicht von RGSt 60, 63 (64) sind Ermüdung, Neigung zum Schlafen, Kämpfen mit dem Schlaf oder auch gelegentliche Schnarchtöne noch keine sicheren Indizien für die Annahme, ein Richter habe geschlafen.

287) Dieses Kriterium führt auch dazu, daß Richter mit akuten Krankheitsanzeichen nicht mitwirken dürfen, weil sich diese im Zweifel über die ganze Verhandlungsdauer auswirken; BGH bei Dallinger MDR 1971, 723.

Richtern mit den Plädoyers und den Beratungen der gesamte Prozeßstoff noch einmal vergegenwärtigt werde.²⁸⁸⁾

In ähnlicher Weise wird das Problem des unaufmerksamen oder sachfremd abgelenkten Richters behandelt. In der Praxis ist kein Fall bekannt, in dem ein Urteil aus diesem Grund aufgehoben worden wäre.²⁸⁹⁾ Ein Richter kann danach während der Plädoyers schon die Urteilsformel niederschreiben²⁹⁰⁾ oder Gefangenenbriefe zensieren²⁹¹⁾, wenn er nur in der Lage ist, zugleich noch aufmerksam der Verhandlung zu folgen.²⁹²⁾ Insgesamt gesehen vertritt die Rechtsprechung einen sehr weitherzigen und praxisfreundlichen Standpunkt.

bb) Schweizerisches Recht

In der Frage der absoluten Wahrnehmungsmängel beim erkennen- den Richter herrscht Einigkeit, daß einem blinden, tauben oder stummen Richter die Fähigkeit fehlt, sein Richteramt auszuüben. Dies gilt für alle schweizerischen Strafprozeßordnungen, auch wenn lediglich die von Bern²⁹³⁾ ausdrücklich Stellung bezieht. Einschränkungen zugunsten der blinden Richter werden derzeit nicht gemacht.²⁹⁴⁾ Lediglich für den Kanton St.Gallen vertritt Jaeger aufgrund der Beschäftigung

288) BGHSt 2, 14 (15); 11, 77; bei Dallinger MDR 1971, 364. Dagegen wenden sich mit der Forderung nach uneingeschränkter Wahrnehmungsfähigkeit Eb.Schmidt, § 261 StPO JZ 1970, 337 (340); Geppert aaO S. 149

289) Seibert aaO S. 1046

290) BGHSt 11, 74 ff

291) BGH NJW 1962, 2212

292) Zu Recht kritisch Eb.Schmidt aaO; Seibert aaO; Ziegler aaO; Marr, Anmerkung, in NJW 1963, 309; Geppert aaO S.150 der treffend bemerkt, hier sei der Bereich verlassen, der entschuldigend mit richterlichem Takt- und Pflichtgefühl umschrieben werde.

293) BE 32 Ziff. 3: Zum Richteramt ist unfähig, wer "des Gesichts oder Gehörs beraubt" ist.

294) Vgl. stellvertretend: E.Meier, Verfahrensgrundsätze (AG) S. 107, der ganz allgemein für alle Prozeßbeteiligten Verhandlungs- und Aufnahmefähigkeit fordert; Zürcher, Unmittelbarkeit (BE) S. 78; Zbinden, Kassationsbeschwerde (FR) S. 70 unter Hinweis auf Art. 47 ff GOG; Hauser/Hauser, GVG (ZH) 3. Lieferung S. 382 III; Kassationsgericht Zürich ZR 23 Nr. 33, wo allerdings gegen einen hochgradig schwerhörigen Richter keine Einwände erhoben werden.

mit der neueren deutschen Literatur die Ansicht, die im schweizerischen Strafprozeß durchweg in geringerem Maße verwirklichte formelle Unmittelbarkeit rechtfertigt keine grundsätzlichen Bedenken gegen den blinden Richter.²⁹⁵⁾

Weniger einheitlich sind die Stellungnahmen zu den relativen Wahrnehmungsmängeln. Es ist nicht zu übersehen, daß die Kantone, die den Grundsatz der Einheitlichkeit der Verhandlung nur eingeschränkt verwirklichen, indem nicht alle erkennenden Richter notwendigerweise der Verhandlung beiwohnen müssen²⁹⁶⁾, auch bei der Forderung nach ununterbrochener geistiger Anwesenheit des erkennenden Richters keine strengen Maßstäbe anlegen.²⁹⁷⁾ Dahinter steht unausgesprochen das Argument, gelegentliche Aufmerksamkeitsmängel einzelner Richter würden bei einem Kollegialgericht natürlicherweise durch die Wahrnehmungen der anderen Richter ausgeglichen. Dies entspricht im übrigen auch der im Zivilprozeß vorherrschenden Meinung²⁹⁸⁾, die für den Strafprozeß vergleichend herangezogen wird.²⁹⁹⁾ Man hält es hier wie dort für ausreichend, wenn der unaufmerksame oder gar schlafende Richter vom Vorsitzenden zur Ordnung gerufen wird.³⁰⁰⁾

Für den Fall, daß ein eindeutiger Nachweis für den Verhandlungsschlaf eines Richters erbracht werden kann, wollen Zbinden³⁰¹⁾ und Zürcher³⁰²⁾ einen Verstoß gegen den Unmittel-

295) Jaeger, Kassationsbeschwerde (SG) S. 54, der mit der in Deutschland herrschenden Meinung einen Unfähigkeitsgrund nur bei speziell "aufgesuchten" visuellen Eindrücken sieht. Gegenüber den sonst zu Rate gezogenen Autoren zeichnet sich Jaeger dadurch aus, daß er den engen Zusammenhang zwischen der formellen Unmittelbarkeit und der vollen Wahrnehmungsfähigkeit des Richters deutlich herausarbeitet. Da seine Ausführungen neueren Datums sind, ist nicht auszuschließen, daß sie künftig noch weitere Anhänger finden.

296) S.o. S. 58 ff

297) Darauf weist Zürcher aaO S. 77 hin.

298) Vgl. Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen S. 81

299) Raymann, Nichtigkeitsbeschwerde (ZH) S. 63 f; a.A. und offenbar gegen die Praxis in Luzern: Gebistorf, Kassationsbeschwerde S. 69/70.

300) Vgl. Guldener aaO S. 96

301) AaO S. 70; so auch Kassationshof Freiburg Extraits 1958, 173

302) AaO S. 79; vgl. auch Bundesgericht BGE 100 Ia, 426

barkeitsgrundsatz annehmen. Jaeger³⁰³⁾ präzisiert dies mit dem Hinweis auf die deutsche Literatur, wonach nur die geistige Abwesenheit während eines wesentlichen Zeitraums ausreichend sei.³⁰⁴⁾ Nur vereinzelt wird betont, der Richter müsse der Verhandlung seine ungeteilte Aufmerksamkeit schenken. Zugleich wird auf die Schwierigkeit verwiesen, einem Richter das Gegenteil nachzuweisen.³⁰⁵⁾

2. Die Verwertung privaten richterlichen Wissens

aa) Deutsches Recht

Es gehört zu den bestimmenden Merkmalen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit, daß allein die Hauptverhandlung Quelle der für die Urteilsfindung benutzten Erkenntnisse sein darf. Jede vom Begriff "Unmittelbarkeit" her philologisch ansetzende Untersuchung wird es deshalb als Widerspruch empfinden, daß die direkte richterliche Tatwahrnehmung als intensivste Form der Unmittelbarkeit von Gesetzes wegen kein für die Urteilsfindung verwertbares Erkenntnismittel ist.³⁰⁶⁾

Der Richter, der etwa anlässlich einer Demonstration gewisser Straftaten ansichtig wird, der Zeuge einer Unfallflucht oder eines Taschendiebstahls wird, darf diese Kenntnisse als erkennender Richter für die Urteilsfindung nicht verwenden. Der Katalog der prozeßrechtlich zugelassenen Beweismittel ist abschließend begrenzt auf den Beschuldigten, den Zeugen, den Sachverständigen, den Augenschein und die Urkunde. Das Amt des Richters ist unvereinbar mit der Funktion des Zeugen, wie sich eindeutig aus § 22 Ziff. 5 StPO ergibt. Kommt es deshalb

303) aaO S. 54

304) Es genüge z.B. nicht, die vorübergehende Ermüdung oder die kurzfristige Abwesenheit wegen eines Telefonats.

305) Zbinden und Zürcher jeweils aaO

306) Vgl. etwa die ausführlichen Erörterungen von Löhr, Unmittelbarkeit S. 15 ff, die letztlich zu der Erkenntnis führen, daß die "Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme" ein wissenschaftlicher Kunstbegriff ist, weil er eine in erzwungener Mittelbarkeit unmittelbare Tatsachewahrnehmung umschreibt.

auf das private Wissen des Richters an, so ist er als Zeuge zu vernehmen, ist aber fortan von der Ausübung seines Richteramtes in dieser Sache ausgeschlossen.³⁰⁷⁾

Hierfür werden im wesentlichen zwei Gründe angeführt: Einmal sieht man in der Beschränkung der Wahrheitsfindung auf den streng justizförmigen Weg, auf die Entscheidung kraft hoheitlicher Überordnung, eine Vermutung für eine unbeeinflusste und objektive Rechtsfindung.³⁰⁸⁾ Zum anderen sieht man die Gefahr, daß aus psychologischen Gründen der Richter seiner Aufgabe, eine Aussage frei und kritisch zu würdigen, gegenüber seiner eigenen Aussage nicht nachkommen kann. Durch eigene Beobachtungen entsteht leicht eine "Vor"-Prägung, die im Widerstreit liegt mit der richterlichen Aufgabe der freien und unbeeinflussten Beweiswürdigung.³⁰⁹⁾

Nun ist aber die Verwertung des privaten richterlichen Tatwissens, etwa der Kenntnisse aus einer privaten oder "informellen", gerichtlich nicht angeordneten Augenscheinseinnahme³¹⁰⁾, nicht schlechthin ausgeschlossen. Vielmehr ist es zulässig, daß dieses Wissen zum Gegenstand eines Vorhaltes an Auskunftspersonen gemacht wird, und daß für das Urteil lediglich das verwertet wird, was die Aussageperson darauf bekundet.³¹¹⁾ Jeder direkte Einfluß dieser Kenntnisse auf das Urteil soll ausgeschlossen sein, weshalb auch deren Bekanntgabe und Erörterung in der Hauptverhandlung nicht ausreicht.³¹²⁾ Es verstößt gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz,

307) Kleinknecht, StPO § 22 RN 13, § 261 RN 24; RGSt 17, 173 (175): Ein Zeuge kann nicht auch Geschworener sein, auch wenn sich seine Aussage auf einen vorher abgetrennten Teil einer "Tat im Rechtssinne" bezog. RGSt 30, 70 (71): Ein als Zeuge vernommener Richter darf im späteren Wiederaufnahmeverfahren nicht als beauftragter oder ersuchter Richter "an der Herstellung des Beweisergebnisses" beteiligt sein.

308) So Krause, Urkundenbeweis S. 49; Geppert, aaO S. 151

309) So Geppert aaO; Spendel, Wahrheitsfindung JuS 1964, 465 (468); Arzt, Befangener Strafrichter S. 86.

310) Eine solche ist in der StPO unbekannt: RGSt 50, 154(155)

311) Löwe-Rosenberg, StPO § 261 RN 12; RGSt 40, 54; 50 aaO

312) Löwe-Rosenberg aaO FN 19

wenn ein Richter den protokollierten Ergebnissen eines gerichtlichen Augenscheins in der Beratung entgegentritt und nunmehr seine eigenen privaten Eindrücke in das Urteil eingehen.³¹³⁾ Als privates Wissen sind auch die Informationen anzusehen, die sich ein Richter in der Beratung oder bei der Urteilsabfassung durch Rückfrage bei Zeugen oder Sachverständigen verschafft.³¹⁴⁾ Sofern in der Beratung Zweifelsfragen auftauchen, sind diese ausschließlich in einer wiedereröffneten-Hauptverhandlung zu klären. Schließlich sind die nicht protokollierten Eindrücke, die der Vorsitzende oder ein beauftragter Richter anlässlich einer auswärtigen Beweisaufnahme von Zeugen oder Örtlichkeiten gewonnen haben, in den Bereich des privaten Wissens zu stellen und nach den obigen Grundsätzen zu behandeln.³¹⁵⁾

bb) Schweizerisches Recht

Der Konflikt zwischen Zeugenstellung und Richteramt ist in der Schweiz eindeutig zugunsten der Zeugenstellung gelöst, sofern die auf privatem Wissen des Richters beruhenden Angaben für den Prozeß Verwendung finden sollen.³¹⁶⁾ Dies ergibt sich bei der überwiegenden Anzahl der Prozeßordnungen

313) RGSt 26, 272 (273)

314) Löwe-Rosenberg aaO RN 18 ; BGH bei Dallinger MDR 1952, 532; einschränkend RGSt 71, 326 (328 f): Das Reichsgericht hält es lediglich für unzulässig, eine auftretende Lücke im Beweisergebnis durch solche Rückfragen zu schließen, hält es jedoch für unbedenklich, wenn sich der Richter von der Aussageperson den Inhalt ihrer Aussage noch einmal vortragen läßt. - Dagegen mit Recht Eb.Schmidt, LK II § 261 Anm. 4

315) So Kleinknecht aaO § 224 RN 7 ; aa offenbar Löwe-Rosenberg aaO § 223 RN 41 unter Hinweis auf RG HRR 1936 Nr. 316: Es sei bedenkenfrei, den so von einem Zeugen gewonnenen persönlichen Eindruck für die Überzeugungsbildung zu verwerten.

316) Über die Verwertung des privaten richterlichen Wissens im Wege des Vorhalts finden sich keine einschlägigen Stellungnahmen. Ein Vorhalt dürfte jedoch generell zulässig sein (vgl. dazu unten Hauptteil B II b 3. bb (2)), ebenso wie es möglich ist, daß der Vorsitzende zur Behebung von Widersprüchen Protokolle verliert. (S. 194)

ausdrücklich aus dem Gesetz,³¹⁷⁾ sofern man sich nicht mit einem Rückgriff auf entsprechende zivilprozessuale Grundsätze behilft. Wie in Deutschland ist dieser "Ausstandsgrund" überwiegend von Amts wegen zu beachten, lediglich in Basel-Stadt, Genf und Zürich ist die Geltendmachung der Parteidisposition überlassen, was ersichtlich auf der sachfremden Übernahme zivilprozessualer Regelungen beruht.³¹⁸⁾

In beiden Ländern gleichen sich die Begründungen. Die Unfähigkeit des Richters, in der vor ihm verhandelten Angelegenheit zugleich Zeuge zu sein, bedeute eine "Garantie der objektiven Wertung des Zeugnisses"³¹⁹⁾; das wiederum beruhe einerseits auf der "psychologischen Unmöglichkeit bei eigener Zeugenstellung unparteiisch zu richten"³²⁰⁾ und zum anderen auf dem Bestreben, die Objektivität und Autorität des rechtsstaatlichen Strafprozesses zu wahren.³²¹⁾ Die aufgezeigten Grundsätze gelten in gleicher Weise für den Gerichtsschreiber, der bekanntlich in verschiedenen Kantonen mit beratender Stimme und damit quasi-richterlichen Funktionen versehen ist.^{322) 323)}

317) AG 41 Ziff. 3;-AI 6 I Ziff. 4;-BL GVG 21 Ziff. 4;-BS GVG 37 Ziff. 1;-BE 32 Ziff. 6;-FR GVG 53 lit. c;-GE GVG 91 Ziff. 4;-LU 29 Ziff. 5;-NE 35 Ziff. 2;-NW GVG 39 Ziff. 5;-SO GVG 75 I Ziff. 5;-SH 14 lit. h;-SG 41 Ziff. 3;-TG 41 Ziff. 3;-TI 16 Ziff. 7;-UR Gesetz betr. den Ausstand in den Behörden § 3;-VA 31 Ziff. 1 lit. b;-ZG GVG 41 Ziff. 5;-ZH GVG 113 Ziff. 3;-BUND GOG 22 I;-MStGO 53 I Ziff. 3

318) Dagegen mit Recht Hauser, Zeugenbeweis S. 75

319) Neumann, Zeugnispflicht S. 25

320) Schenker, Freie Beweiswürdigung S. 86; Hauser/Hauser, GVG S. 397

321) Obergericht St.Gallen GVP 1974 Nr. 32 insbes. S. 85

322) Vgl. Neumann aaO S. 27

323) In dieses einheitliche Bild dürfte wohl auch die Entscheidung des Berner Obergerichts (in ZBJV 91, 61 nur im Leitsatz mitgeteilt) passen, wonach bei eigener richterlicher Sachverhaltskenntnis von einer Beweisabnahme abzusehen sei. Hier ist offenbar die Beweisbedürftigkeit gerichtsbekannter Tatsachen angesprochen.

Es fällt auf, daß der "Ausstand" des Richters bei eigener Zeugenstellung überwiegend als Problematik sui generis gesehen wird, während dienstliche Vorkenntnisse des Richters über den zu beurteilenden Sachverhalt³²⁴⁾ ausdrücklich in den Sachzusammenhang der Unmittelbarkeitsproblematik gestellt werden.³²⁵⁾

3. Die Verwertung offenkundiger Tatsachen

aa) Deutsches Recht

Eine Tatsache bedarf dann keines Beweises in der Hauptverhandlung mehr³²⁶⁾, wenn sie sich ohne Schwierigkeiten aus allgemein zugänglichen Quellen ergibt, mithin wenn sie allgemeinkundig ist.³²⁷⁾ Der Begriff der Allgemeinkundigkeit ist absolut schwer faßbar. Seine prozessuale Handhabung wird auch nicht dadurch erleichtert, daß man sich des Abgrenzungskriteriums der Verschleppungsabsicht bedient.³²⁸⁾ Allgemeinkundig können etwa sein bestimmte Verkehrsverhältnisse in kleineren Gemeinden³²⁹⁾, Tatsachen des Naturlebens, allgemeine Erkenntnisse der wissenschaftlichen Forschung³³⁰⁾, sowie geschichtlich erwiesene Tatsachen.³³¹⁾

-
- 324) In Frage kommen vor allem Sachverhaltskenntnisse des vorbefaßten Zivilrichters, des Strafrichters im Instanzenzug und des Strafrichters in einem anderen Strafprozeß. In diesen Zusammenhang dürften auch die Kenntnisse des Rechtshilferichters zu stellen sein.
- 325) So deutlich Neumann aaO S. 25
- 326) § 244 III
- 327) Henkel, Lehrbuch S. 390; BVerfGE 10, 177 (183); weiterführend Brutzer, Offenkundigkeit S. 60 ff
- 328) Vorschlag von Beling, Reichs-Strafprozeßrecht S. 287
- 329) BGHSt 6, 292 ff; weitgehend RG GA 38, 342, wonach es ausreichen soll, daß das Wissen von einer Tatsache in einzelnen Kreisen der Bevölkerung Gemeingut ist! Man sollte einschränken, daß dann alle Tat- und Verfahrens-beteiligten diesen Kreisen angehören müssen.
- 330) BGH NJW 1970, 520
- 331) BayObLGSt 50, 174. Vorsicht ist geboten bei politisch brisanten Beweisthemen, die leicht auf der Grundlage "allgemeiner Überzeugungen" als offenkundig umschiffet werden; vgl. Ziegler, Zweckmäßigkeitstendenzen S. 134

Wegen der richterlichen Aufklärungspflicht ist besondere Betonung auf die Zuverlässigkeit der allgemein zugänglichen Erkenntnisquellen zu legen. Im Zweifel sollte stets von der Beweisbedürftigkeit ausgegangen werden. So ist Vorsicht geboten bei der Zuverlässigkeit von Zeitungen, wenn es um Zitate bestimmter Äußerungen geht.³³²⁾ Die als nicht beweisbedürftig erkannten Tatsachen sind samt Erkenntnisquellen in die Hauptverhandlung einzuführen³³³⁾, wobei besonders im Falle von Laienbeteiligung Mißtrauen angebracht ist³³⁴⁾ gegenüber "allgemeinkundigen Tatsachen", die auf Presseberichten³³⁵⁾ beruhen.

Zu den nicht beweisbedürftigen offenkundigen Tatsachen gehören auch die gerichtskundigen Tatsachen. Im Unterschied zu den zuvor behandelten privaten Sachverhaltskenntnissen des Richters sind gerichtsnotorisch nur solche Umstände, die das Gericht in seiner Gesamtheit³³⁶⁾ in amtlicher Eigenschaft erfahren hat oder als feststehend annehmen kann.³³⁷⁾ Ihre unmittelbare Verwertung ist allerdings nur dort unproblematisch, wo es um ein Hintergrundgeschehen geht, das "in einer im wesentlichen unveränderten Weise immer wieder mit bestimmten strafrechtlich zu würdigenden Umständen verknüpft" ist.³³⁸⁾ Bei allen Tatsachen jedoch, die den äußeren oder inneren Tatbestand betreffen, hat sich die Aufklärungspflicht des Gerichts in einem förmlichen Beweisverfahren niederzuschlagen.³³⁹⁾

332) So mit Recht Eb.Schmidt, LK I RN 382 FN 105

333) BGHSt 6, 292 ff

334) Dazu näher Hirschberg, Fehlurteil S. 103 f

335) Vgl. auch unten II b 5 (S. 113 ff)

336) Mit Recht besonders betont von Geppert, Unmittelbarkeit S. 158

337) Peters, Lehrbuch S. 262; eine Tatsache ist nicht schon dann feststehend, wenn sie aktenkundig ist; was erst durch Akteneinsicht festzustellen ist, muß im Wege des Urkundenbeweises in den Prozeß eingeführt werden. Vgl. Löwe-Rosenberg, StPO § 261 RN 32

338) Kleinknecht, StPO § 244 RN 11 ; BGHSt 6, 292(294/95) Kammergericht JR 1956, 387 f

339) Kleinknecht aa0; Geppert aa0 S. 157 ; OLG Karlsruhe MDR 1976, 273

Die Frage, wann eine Tatsache als gerichtskundig angesehen werden kann, insbesondere die Frage, ob für die Feststellung der Offenkundigkeit Einstimmigkeit der Richter gefordert werden soll, ist umstritten³⁴⁰⁾, wenngleich sie aus der Sicht des Angeklagten revisionsrechtlich ohne praktische Bedeutung ist: Die Abstimmungsverhältnisse sind wegen des Beratungsgeheimnisses nicht kontrollierbar. Aus Gründen der Klarheit verdient die Ansicht den Vorzug, die Einstimmigkeit fordert. Grundsätzlich sollen alle Richter aus den gleichen Erkenntnisquellen schöpfen und die Verantwortung desjenigen Richters, der gegen die Mehrheit eine Beweiserhebung für erforderlich hält, sollte selbstverständlich geachtet werden.

bb) Schweizerisches Recht

Die Probleme des Beweisantragsrechts sind, soweit ersichtlich, bislang noch nicht Gegenstand einer eingehenden Untersuchung gewesen.³⁴¹⁾ Insbesondere die Frage, wann ein Beweisantrag abgelehnt werden kann, ist in den Einzelfragen ungelöst. Als allgemeine Regel ergibt sich aus nahezu allen Prozeßordnungen, daß der Vorsitzende bzw. das Gericht über Beweisanträge unter den Gesichtspunkten entscheidet, die generell für das gesamte Verfahren gelten: Zweckmäßigkeit, Notwendigkeit, Erforderlichkeit.

Danach muß es im schweizerischen Strafprozeß als Selbstverständlichkeit gelten, daß einem Beweisantrag nicht Folge geleistet wird, weil die zu beweisende Tatsache allgemeinkundig oder gerichtskundig ist.³⁴²⁾

340) Für Stimmenmehrheit sprechen sich aus Sarstedt, Revision S. 236 f; Löwe-Rosenberg aaO RN 36 ; Kleinknecht aaO RN 13 . - Für Einstimmigkeit Alsberg-Nüse, Beweisantrag S. 128 f; Eb.Schmidt aaO RN 383; Geppert aaO S.155f; BGHSt 6, 292 ff; Kammergericht aaO.

341) Einen kurzen Überblick über das Beweisantragsrecht des Angeschuldigten als Ausfluß des rechtlichen Gehörs gibt Hauser, Rechtsprechung ZStrR 90, 225 (245 f)

342) Das Gericht kann ferner einen Beweisantrag ablehnen, weil es vom Gegenteil bereits überzeugt oder weil die behauptete Tatsache schon erwiesen ist; vgl. BGE 97 I, 219 ff

Allein Schenker³⁴³ befaßt sich kurz mit diesem Problem, indem er in Anlehnung an die ältere deutsche Literatur unterscheidet zwischen den allgemeinbekannten Tatsachen, die jedermann bekannt und zugänglich sind und den gerichtsnotorischen Tatsachen, die sämtlichen Mitgliedern des Gerichts aus eigener amtlicher Tätigkeit heraus bekannt sind. Wenn er allerdings die allgemeinbekannten Tatsachen auch ohne Einführung in den Prozeß, die gerichtsnotorischen Tatsachen nur nach mündlicher Erörterung für verwertbar hält, so ist diese Differenzierung vom Mündlichkeitsgrundsatz her nicht zu rechtfertigen. Ohnehin kann seine kurze Stellungnahme nicht verallgemeinert werden. So dürfte sich die Frage, ob die offenkundigen Tatsachen in den Prozeß einzuführen sind, in jedem Kanton nach dem dort verwirklichten Maß der Mündlichkeit beantworten.³⁴⁴ Ferner wird man davon ausgehen können, daß die Entscheidung über die Gerichtskundigkeit einer Tatsache nicht unbedingt einstimmig erfolgen muß, auch wenn Schenkers Ausführungen dies andeuten. Rückschlüsse für die Beantwortung dieser Frage erlaubt unter Umständen die ausgeprägte Betonung der ausgleichenden und ergänzenden Funktion des Kollegialgerichts im schweizerischen Strafprozeß.³⁴⁵

4. Die richterliche Aktenkenntnis und die Verwendung von Verhandlungsnotizen

aa) Deutsches Recht

Der im deutschen Strafprozeßrecht streng durchgeführte Unmittelbarkeitsgrundsatz verbietet es, die Urteilsgrundlagen den

343) Freie Beweiswürdigung S. 85

344) Dazu ausführlich oben I a (S. 35 ff); für Zürich liegt die Entscheidung des Kassationsgerichts, Rechenschaftsbericht 1975 Nr. 44 S. 298 vor, wonach die gesetzlichen Prozeßformen verletzt sind, wenn der Richter eine ihm aus einem anderen Prozeß bekannte Tatsache zur Urteilsgrundlage macht, ohne sie zuvor in der Hauptverhandlung erörtert zu haben.

345) Dazu oben II b 1. bb (S. 98 ff); daß die Frage der Einstimmigkeit - im Gegensatz zu Deutschland - u.U. in den Kantonen mit öffentlicher Urteilsberatung (ZH Obergericht und Kassationsgericht, BS Berufungs- und Revisionsgerichte) praktische Bedeutung erlangen kann, sei hier lediglich angedeutet.

Untersuchungsakten zu entnehmen. Das Aktenmaterial, insbesondere das staatsanwaltliche Ermittlungsergebnis, soll nicht mehr sein, als ein unverbindliches Programm, das die Schwerpunkte für die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung liefert.

Unter dieser Prämisse des Unmittelbarkeitsgrundsatzes liegt die praktische Bedeutung der Untersuchungsakten in erster Linie³⁴⁶⁾ darin, daß sie den "informierten Richter" gewährleisten, der kraft seiner Aktenkenntnis in der Lage ist, die Hauptverhandlung mit all ihren Überraschungsmomenten souverän zu leiten. So ist die richterliche Aktenkenntnis auch ohne ausdrückliche Regelung für die erstinstanzlichen Gerichte eine Selbstverständlichkeit. Alle Berufsrichter sind danach berechtigt, vor der Verhandlung die Akten zu lesen.³⁴⁷⁾ Von den Berufsrichtern wird traditionell vermutet, daß sie in der Lage sind, sich trotz Aktenkenntnis jedes auf Tat und Täter bezogenen Vorverständnisses zu enthalten.³⁴⁸⁾ In der Praxis hat es sich - aus Gründen der Zeitersparnis, und um die Gefahr eines Vorverständnisses möglichst gering zu halten - durchgesetzt, daß bei Kollegialgerichten lediglich der Vorsitzende und ggf. ein Bericht-erstatte³⁴⁹⁾ die Akten liest. In dieser Beschränkung wird die richterliche Aktenkenntnis auch am ehesten ihrer dienenden Funktion für die Verhandlungsleitung gerecht.

Gerade weil es eine außerordentlich schwierige Aufgabe ist, zu differenzieren zwischen dem bekannten Akteninhalt und

-
- 346) In zweiter Linie dienen sie dazu, den Gang und die Qualität eines Strafverfahrens in den Rechtsmittelinstanzen nachvollziehen zu können, vgl. §§ 324, 351 StPO.
- 347) RGSt 69, 120 (123); Schäfer, aaO Kap. 13 RN 58
- 348) Hier liegt das Kernproblem der richterlichen Aktenkenntnis. Es hat - insbesondere von Seiten der Anwaltschaft - Reformversuche im Rahmen der sog. "Kleinen Strafprozeßreform" 1962 gegeben, die richterliche Aktenkenntnis ganz auszuschalten. Kritisch dazu Eb. Schmidt, Anklageerhebung NJW 1963, 1081 (1087); ders. LK I RN 432 FN 213
- 349) Vgl. GVG § 197 Satz 3; RGSt 40, 155

den allein entscheidungserheblichen Ergebnissen der Hauptverhandlung, bleibt das Akteneinsichtsrecht beschränkt auf die Berufsrichter.³⁵⁰⁾ Es gilt als Verstoß gegen die Grundsätze der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit, wenn ein Schöffe Kenntnis erhält von den Akten oder einzelnen Aktenstücken.³⁵¹⁾ Die Gefahr der Überforderung des Schöffen ist damit jedoch nicht gebannt, denn von ihm wird erwartet, daß er bei einem richterlichen Vorhalt aus den Akten³⁵²⁾ sich freimacht vom verlesenen Akteninhalt und allein der Aussage des Zeugen "daraufhin" seine Aufmerksamkeit schenkt.³⁵³⁾

Kein Gericht wird insbesondere bei der Bewältigung eines umfangreichen Prozeßstoffs in der Hauptverhandlung auf eigene schriftliche Aufzeichnungen und Notizen verzichten können. Diese Gedächtnisstützen können in der Beratung unbedenklich verwertet werden, solange nur sichergestellt ist, daß sie während der Verhandlung angefertigt wurden.³⁵⁴⁾ Ebenso ist es unbedenklich, wenn Aufzeichnungen verwendet werden, die sich das Gericht schon vor der Beratung gemacht hat, um den bisherigen Aktenstoff zu ordnen.³⁵⁵⁾ Unzulässig wäre es hingegen, wenn sich das Gericht in der Beratung etwa mit Aufzeichnungen der Parteien über ihre Schlußvorträge befassen würde.³⁵⁶⁾ Als präzise Gedächtnisstütze, die zudem noch die richterliche Aufmerksamkeit fördern, indem sie von Schreibearbeit entlasten, bieten sich schließlich Tonbandaufnahmen aus der Verhandlung an, die im Einverständnis aller Beteiligten angefertigt wurden.³⁵⁷⁾

350) Vgl. Schreiber, Akteneinsicht, in: FSchr f. Welzel (1974) S. 914; Roxin, Reform der Hauptverhandlung S. 59. Die Schwurgerichtsreform v. 9.12.74 (BGBl I, 3393) hat daran nichts geändert, was Jescheck, Laienrichtertum ZStrR 94, 229 (232) bedauert, weil er sich von verstärkter Aktenkenntnis einen qualitativ besseren Laienbeitrag verspricht.

351) RGSt 69, 120 (123); BGHSt 13, 73 ff; kritisch dazu Hanack, Rechtsprechung JZ 1972, 313 (314)

352) §§ 253, 254; dazu näher unten Hauptteil B II b 3 (S. 179 ff)

353) Vgl. Geppert, Unmittelbarkeit S. 159

354) Eb.Schmidt LK II § 261 RN 9; BGHSt 19, 193 (195)

355) BGHSt 17, 337 (339)

356) BGHSt 15, 347 (349 f)

357) BGHSt 19, 193 (195); Löwe-Rosenberg, StPO § 261 RN 46; Geppert, Unmittelbarkeit S. 160; Mönkehaus, Tonband S. 276 ff; zweifelnd offenbar Eb.Schmidt LK II § 261 RN 9

bb) Schweizerisches Recht

Auch in der Schweiz findet es als Selbstverständlichkeit keine besondere gesetzliche Erwähnung, daß zumindest der Vorsitzende für eine geordnete Hauptverhandlung³⁵⁸⁾ die Untersuchungsakten gelesen haben muß.³⁵⁹⁾ Diese auf den ausschließlichen Zweck der Verhandlungsleitung begrenzte richterliche Aktenkenntnis finden wir jedoch nur in den wenigen Prozeßrechten, die sich zu einem unmittelbaren Beweisverfahren vor dem erkennenden Gericht bekennen. Dies ist in beiden Basel³⁶⁰⁾, Bern³⁶¹⁾, Freiburg, Genf, Neuenburg

358) Im Rahmen der Vorbereitung der Hauptverhandlung hat der Vorsitzende speziell alle prozessualen Vorfragen so durchzuprüfen, daß ihre Behandlung die Hauptverhandlung nicht belastet. Sodann hat er die voraussichtlichen materiellen Schwerpunkte der Hauptverhandlung festzulegen. Vgl. dazu Fehr, Geschworenengericht S. 116

359) In einigen Kantonen (z.B. BE GOG 78 ff, StPO 88 II, dazu Waiblinger, Strafverfahren § 88 Anm. 5; FR und VA, dazu Zbinden, Kassationsbeschwerde S. 76) haben wir die organisatorische Besonderheit, daß der Amtsgerichtspräsident zugleich auch als Untersuchungsrichter fungiert. Das beruht ersichtlich auf fiskalischen Erwägungen, speziell in den kleineren Kantonen. Die aus dieser Konstellation für den Unmittelbarkeitsgrundsatz entstehenden Gefahren (vgl. dazu auch oben S. 102 ff) dürfen nicht unterschätzt werden. Der bereits in der Untersuchung mit einer Sache vorbefaßte Richter steht vor der schwierigen Aufgabe, sich in der Verhandlung der völlig unterschiedlichen Funktionen ständig bewußt zu sein, die er ausgeübt hat bzw. ausübt. - Abgesehen von dem psychologischen Problem der "Rollenvertauschung" (vgl. dazu ausführlich Beling, Reichs-Strafprozeßrecht S. 118 ff; ferner Peters, Lehrbuch S. 254, 288) ist nicht auszuschließen, daß der Richter etwa die Befragung eines Zeugen in der Hauptverhandlung nicht mit der erforderlichen Unvoreingenommenheit und Gründlichkeit vornimmt, weil er - aus seiner Sicht - bereits aus der Untersuchung vororientiert ist. - Kritisch zur Personalunion von erkennendem Richter und Untersuchungsrichter auch Zürcher, Unmittelbarkeit S. 117 f. Das Bundesgericht hat verfassungsrechtliche Bedenken nicht erhoben, vgl. BGE 38 I, 96; vgl. ferner Hauser, Lehrbuch S. 52.

360) Vgl. BS 168 II 2; für BL mit der unter FN 365 erwähnten Einschränkung.

361) Vgl. dazu Obergericht ZBJV 91, 232 (236): In diesem Fall konnte nach den Protokollen nicht ausgeschlossen werden, daß die Akten vor der Hauptverhandlung unter den Richtern zirkuliert hatten. Dies wird vom Obergericht ausdrücklich als Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit gewertet und führte zur Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils.

Schaffhausen³⁶²⁾, Tessin, Waadt^{362a)}, sowie prinzipiell in der MStGO der Fall.

In allen anderen Prozeßrechten - und das sind gerade jene, die die Untersuchungsakten zur Überwiegenden oder alleinigen Urteilsgrundlage machen³⁶³⁾ - ist die Aktenkenntnis aller Richter zumindest erwünscht und zugelassen, wenn nicht gar vorgeschrieben. Hier stehen die Richter vor der Aufgabe, ihr Urteil nach den Untersuchungsakten und eventuellen Ergebnissen der Hauptverhandlung zu fällen, was nur dann zu leisten ist, wenn die Akten der Voruntersuchung bekannt sind³⁶⁴⁾ und in der Beratung zur Verfügung stehen. So schreibt eine ganze Reihe von Prozeßordnungen ausdrücklich vor, daß die Akten der Voruntersuchung vor der Verhandlung unter den Richtern in Zirkulation zu setzen sind.³⁶⁵⁾

Dieses Verfahren läßt aus Gründen der Zweckmäßigkeit bewußt außer Acht, daß durch die vollständige Aktenkenntnis aller Richter der Grundsatz der Unmittelbarkeit erheblich

362) Vgl. SH 208 II: "Die Akten der Voruntersuchung dürfen vor der Verhandlung nur vom Vorsitz und seinem Stellvertreter zur Vorbereitung der Hauptverhandlung gelesen werden."

362a) Vgl. Art. 333 ZPO

363) Dazu bereits ausführlich oben S. 42 ff

364) Weniger Gewicht hat die Möglichkeit der Aktenverlesung in der Hauptverhandlung, die wir besonders erwähnt finden in den welschen Kantonen, sowie z.B. in GR, SZ, SG und ZG.

365) AG 147, 167 II (vgl. Brühlmeier, Strafverfahren Anm. zu § 167 II; E.Meier, Verfahrensgrundsätze S. 89, 106; beide Autoren erkennen den Zusammenhang von Aktenkenntnis und Unmittelbarkeit nicht. Kritisch zur aargauischen Regelung Pfenninger, Nachschrift der Redaktion SJZ 1960, 87)

BL 128 Ziff. 5 (vgl. oben FN 360; obwohl Basel-Land ein grundsätzlich unmittelbares Beweisverfahren vorschreibt, läßt es ausnahmsweise bei besonders verwickelten Sachverhalten eine Aktenzirkulation zu.)

GL 193 III (für das Verfahren vor Polizeigericht); LU 167 (alle Richter müssen hier ihre Aktenkenntnis unterschriftlich bestätigen; vgl. dazu auch Lerch, Mitteilbarkeit ZStrR 67, 355, 358, sowie Obergericht Maximen 1969 Nr. 730)

NW 105 II (vor Kantonsgericht); - SO 106 I; - SG 147; TG 151 II 1; - ZG 43 III; - BUND 140 I

eingeschränkt wird³⁶⁶⁾, der doch in den Verfahren vor Schwur- oder Geschworenengericht beherzigt und als materielles Erkenntnisprinzip hochgeschätzt wird.³⁶⁷⁾ Hier nämlich wird streng darauf geachtet, daß lediglich der Vorsitzende und ggf. ein weiteres Mitglied des Gerichts Aktenkenntnis haben.³⁶⁸⁾ Bis zur Abschaffung des Schwurgerichts³⁶⁹⁾ in Aargau war hier auch für die Laienrichter Aktenzirkulation vorgesehen, heftig bekämpft von Pfenninger.³⁷⁰⁾

- 366) So deutlich Pfenninger, Probleme S. 191 ff; - mit dem Argument, die Aktenkenntnis des Vorsitzenden bedeute eine unzulässige Abweichung vom Grundsatz der Unmittelbarkeit, setzt sich ablehnend das Justizdepartement Basel-Stadt in seinem Ratschlag zum Entwurf v. 14.5.1926 (BS) S. 45 auseinander, indem es zu Recht die Frage der Verhandlungsleitung trennt von der Frage der Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens.
- 367) Aus der Sicht der Praxis sieht diese Aussage allerdings anders aus: Pfenninger aaO berichtet von einer Stellungnahme des zürcher Regierungsrates zu einem Vorschlag des Obergerichts, auch den übrigen Richtern Akteneinsicht zu gewähren. Der Regierungsrat befürwortet den Vorschlag grundsätzlich, ist aber der Ansicht, er lasse sich wegen der Umfänglichkeit der Akten praktisch nicht durchführen. Die Geschworenen hätten im Aktenlesen keine Übung, man könne ihnen diese Aufgabe auch nicht zumuten. Daraus wird deutlich, daß man sich lediglich aus praktischen Erwägungen heraus mit dem unmittelbaren Verfahren vor Geschworenengericht abfindet. Hiergegen wendet sich Pfenninger aaO S. 192/193 zu Recht in scharfer Form. - Vgl. dazu auch Fehr, Geschworenengericht S. 124 f.
- 368) Vgl. z.B. ZH 240, 264
- 369) Volksabstimmung v. 4.12.1977, vgl. Clerc, Chronique ZStrR 95, 103 Anm. 15 b
- 370) Pfenninger aaO S. 292; bedenklich E.Meier, Verfahrensgrundsätze S. 106 wenn er die Aktenzirkulation auch unter Laien als zur "allgemeinen Vororientierung der Richter" notwendig bezeichnet. -- Die Gefahren einer unbeschränkten Kenntnis der Vorakten liegen - etwas überspitzt formuliert - darin, daß diese dem Richter u.U. durchaus gewollt die Vorstellung vermitteln "so ist es gewesen" (mit dem kleinen Vorbehalt, daß etwa die Einlassungen des Angeklagten in der Hauptverhandlung überraschende neue Aspekte liefern). Das Bild von der Straftat scheint somit fertig zu sein, bevor die Hauptverhandlung überhaupt begonnen hat. - Demgegenüber muß sich der Richter, der lediglich die Anklage kennt, sagen "so könnte es gewesen sein, die Hauptverhandlung wird Klarheit bringen".

Die vor allem in den Rechten mit einem unmittelbaren Beweisverfahren gegen die uneingeschränkte Aktenverwertung vorgebrachten Bedenken werden allgemein nicht erstreckt auf die Verwendung schriftlicher Aufzeichnungen der Richter, die im Verlauf der Beratung entstanden sind. Die Unbedenklichkeit dieser schriftlichen Gedächtnisstützen wird stillschweigend vorausgesetzt, wobei zur Unterstützung argumentiert wird, diese Notizen seien nicht Bestandteil der Akten und könnten somit auch nicht der Kontrolle dahingehend unterliegen, ob und in welchem Maße eine Entscheidung darauf gestützt worden sei.³⁷¹⁾ Wie in Deutschland gibt es auch in der Schweiz von Gesetzes wegen keine Gründe gegen die Verwendung von Tonbandaufnahmen aus der Hauptverhandlung, die das Gericht mit der ausdrücklichen Zwecksetzung angefertigt hat, sie als Gedächtnisstütze und Ersatz für schriftliche Notizen in der Beratung zu verwenden.³⁷²⁾

5. Die Unmittelbarkeit und der Einfluß der Massenmedien auf die Hauptverhandlung

aa) Aus deutscher Sicht

Die öffentliche Berichterstattung³⁷³⁾ über ein laufendes Strafverfahren, die ohne Zweifel "eine sehr wesentliche Funktion im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat" erfüllt³⁷⁴⁾, kann im Rahmen dieser Arbeit nur insoweit angesprochen werden, als es um mögliche Einflüsse der Presse auf das Gericht³⁷⁵⁾ geht, die befürchten lassen, daß eine von außen kommende Information oder Wertung den richterlichen Eindruck aus der Hauptverhandlung überlagert oder majorisiert.

371) Vgl. Obergericht Luzern v. 30.4.69 Maximen 1969 Nr. 730

372) So Mönkehaus, Tonband S. 279 ff; weiterführende Vorschläge von Gilliéron, Recours, S. 279 ff (Waadt) sind nicht aufgenommen worden.

373) Auch bezeichnet als "mittelbare Öffentlichkeit", einem Teilbereich des Öffentlichkeitsgrundsatzes, der sich hier mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz berührt.

374) OLG Koblenz NJW 1973, 251 (253)

375) Das ebenso bedeutsame Problem der Zeugenbeeinflussung durch Presseberichte wird etwa von Peters, Fehlerquellen II S. 291 ff angesprochen: Er berichtet von Fällen, in denen Zeugen nach entsprechenden Veröffentlichungen einen Angeklagten als Täter erkannten, den sie zuvor nicht hatten identifizieren können.

Daß solche Einflüsse sich nachteilig auf die richterliche Unvoreingenommenheit auswirken können, ist ebenso unbestreitbar wie unvermeidbar, insbesondere bei dem Personenkreis der Laienrichter.³⁷⁶⁾ Allerdings kann eine solche Erkenntnis unmittelbare prozessuale Auswirkungen nicht haben, da der Nachweis eines Verstoßes gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz in der Praxis kaum je zu führen sein wird³⁷⁷⁾, es sei denn ein Urteil stützt sich unvorsichtigerweise erkennbar auf Presseberichte, deren Inhalte nicht Gegenstand der Verhandlungen waren.³⁷⁸⁾

Das Spannungsverhältnis zwischen Unmittelbarkeitsgrundsatz und publizierter öffentlicher Meinung kann jedoch nur dort zur Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit werden, wo es sich um vorzeitig wertende Äußerungen zu dem bisherigen oder zukünftig möglichen Ergebnis der Verhandlung (in der Regel mehrtägige) handelt, oder wo die publizistische Wirkung einer Straftat zu einer "Vorverurteilung" des Angeklagten zu führen droht. Dagegen ist die Behandlung solcher Tatsachen unproblematisch, die aufgrund einer über das amtliche Ermittlungsergebnis hinausgehenden eigenen Information der Presse veröffentlicht werden.³⁷⁹⁾ Diese Tatsachen kann das Gericht im Rahmen seiner Aufklärungspflicht entweder durch Vorhalt in die Verhandlung einführen oder sie zum Gegenstand von Beweismaßnahmen in der Hauptverhandlung machen. Für das Urteil verwertbar sind in jedem Falle nur die in der Hauptverhandlung aufgrund solcher Maßnahmen gewonnenen Ergebnisse.

376) Eb.Schmidt, § 261 StPO JZ 1970, 337

377) So beiläufig RGSt 65, 434 (436)

378) Prinzipiell besteht natürlich die Möglichkeit, mit Befangenheitsanträgen gegen solche Richter vorzugehen, die sich offensichtlich durch Presseberichte beeinflusst zeigen. Der Bundesgerichtshof hat in BGHSt 22, 289 (294) die Ansicht vertreten, aus grundsätzlichen Erwägungen heraus dürften diese Ablehnungsanträge keinen Erfolg haben, um nicht die Einflußmöglichkeiten der Medien noch zu verstärken.

379) Dieses Beispiel wird gebracht mit allen Vorbehalten gegen eigene Ermittlungstätigkeiten der Presseorgane in Strafsachen. Das Primat der staatlichen Strafverfolgung muß unangetastet bleiben.

bb) Aus schweizerischer Sicht

Die Funktion der mittelbaren Öffentlichkeit³⁸⁰⁾ im Strafverfahren wird in der Schweiz erkennbar in einem weit günstigeren Licht gesehen als in Deutschland.³⁸¹⁾ Dort herrscht vielleicht deshalb ein eher kritisches Verhältnis zwischen Presse und Justiz, weil die Presse nahezu das einzige Bindeglied zwischen dem Volk und der Dritten Gewalt ist, während die Öffentlichkeit in der Schweiz allein schon durch die demokratische Richterwahl und die starke Laienbeteiligung weit mehr mit der Rechtsprechung verbunden ist. Zweierlei fällt jedenfalls auf, was auf ein entspannteres Verhältnis zwischen Presse und Justiz schließen läßt:

Zum einen wird das Informationsrecht der Presse als Voraussetzung einer wirksamen Gerichtsberichterstattung zum Teil sogar einer ausdrücklichen gesetzlichen Erwähnung für würdig befunden³⁸²⁾, wobei sich die zürcherische Regelung besonders hervortut. Es wird hier nicht nur ein Informationsrecht aus der Hauptverhandlung, sondern auch ein beschränktes Akteneinsichtsrecht anerkannt.³⁸³⁾ Dieses Recht billigen die Gerichte nur einem ausgewählten und für vertrauenswürdig erachteten Kreis von Presseleuten zu; wiederholte unsachliche Berichte lösen nicht nur den Gegendarstellungsanspruch der Gerichte nach § 146 a GVG aus, sondern können auch zum Entzug der Vergünstigungen führen. Damit ist ein Ansatz gemacht für ein System gegenseitiger Kontrolle von Justiz und Presse.

Zum anderen wird bei der Formulierung der Gefahren einer wertenden oder gar aufputschenden Berichterstattung für die Unabhängigkeit der Gerichte weniger Gewicht gelegt auf die mögliche Anfälligkeit gerade der Laien, als man bei dem

380) Dazu ausführlich Wettstein, Öffentlichkeit S. 92 ff; BGE 64 I 180

381) Vgl. Wettstein aaO S. 102; Rohner, Presse, ZStrR 88, 145 f

382) Vgl. etwa LU 165, SG 292

383) 186 a GVG; Verordnung des Obergerichts v. 5.12.1941 über die Akteneinsicht durch die Gerichtsberichterstat-ter und andere Dritte. Dazu Hauser/Hauser GVG § 147 a Anm. 2: Die Kenntnisse aus der Akteneinsicht dürfen erst nach Beginn der Hauptverhandlung zur Berichterstattung verwendet werden.

Gewicht des Laienelements eigentlich erwarten sollte.³⁸⁴⁾
Soweit ersichtlich hat allein Germann³⁸⁵⁾ einmal - bezogen
auf das alte Schwurgerichtssystem³⁸⁶⁾ - von der Gefahr gesprochen, die der Unabhängigkeit der Rechtsprechung durch eine bewußt einflußnehmende, nur auf den Erfolg gerichtete öffentliche Meinung erwachsen kann. Insoweit veranschlagt er diese Gefahr bei einem mit Laien besetzten Gericht durchaus höher als bei einem Gericht, das mit Berufsrichtern besetzt ist.

Inwieweit es gerade die Struktur des unmittelbar-mündlichen Erkenntnisverfahrens ist, die sich den Problemen der Einflußnahme durch Presseberichte besonders öffnet, oder ob nicht auch das in der Schweiz überwiegend gepflegte aktenbestimmte Verfahren vor diesen Problemen steht, das sind erwägenswerte Fragen, die hier aber nicht vertieft werden können, ohne den thematischen Rahmen zu sprengen. Soweit es um die Berichterstattung aus einer laufenden Hauptverhandlung geht, kann soviel gesagt werden, daß die verfahrensverlängernde Tendenz der Unmittelbarkeit die Einflußmöglichkeiten einer vorzeitig wertenden Berichterstattung eher erweitern wird, als dies bei einer auf die aktenkundigen Ergebnisse fixierten und damit kürzeren Hauptverhandlung der Fall sein könnte. Demgegenüber ist zu vermuten, daß die Gefahren einer auf Vorinformationen der Presse beruhenden Berichterstattung nach beiden Verfahrensarten etwa gleich zu bewerten sein werden.

384) Vgl. die Ausführungen von Wettstein aaO S. 85 f, 88 f, 112 ff: Jede von einer sachbezogenen und objektiven Diktion abweichende Berichterstattung erschwere dem Gericht ganz allgemein die Aufgabe, frei und unbeeinflußt seine Entscheidung zu fällen.

385) Rechtssicherheit ZStrR 49, 257 (272)

386) Zu dessen heutiger Bedeutung vgl. zunächst Pfenninger, Probleme S. 292 ff. Das Schwurgericht klassischer Prägung mit getrennter Beratung des Schuldspruchs durch die Geschworenen existiert heute nur noch in Freiburg und Genf; vgl. auch Fehr, Geschworenengericht S. 1 ff

H A U P T T E I L B

Die Unmittelbarkeit der Tatsachenerschließung als Teilaspekt des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und ihre Verwirklichung in Gesetz und Praxis (materielle Unmittelbarkeit)

Die bisherige Darstellung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes hielt sich eng an den äußeren Ablauf der Beweisaufnahme und der Hauptverhandlung und befaßte sich mit den bestimmenden Merkmalen, unter denen sich der gerichtliche Erkenntnisprozeß abspielt. Bei der Betrachtung dieses formellen Aspekts der Unmittelbarkeit hat sich gezeigt, wie eng die in diesem Bereich angesiedelten Fragen verzahnt sind mit den Problemen anderer Verfahrensgrundsätze, so daß mitunter der eigenständige Charakter einer formellen Unmittelbarkeit gar nicht leicht zu begründen war.

Es ist aber nicht dieser formelle Aspekt, der den Grundsatz der Unmittelbarkeit zu einem der umstrittenen Zentralthemen des Strafprozeßrechts gemacht hat. Vielmehr hat sich die wissenschaftliche Diskussion seit Mitte des vergangenen Jahrhunderts zumeist an der materiellen Seite des Grundsatzes entzündet, die sich mit den Fragen der Beweisqualität, mit der Nähe des Richters zur Tat befaßt.

Diese Diskussion zeigt breiteste Übereinstimmung, soweit es um die Anerkennung der materiellen Unmittelbarkeit als abstraktes Denkprinzip geht, das sich dem strafprozessualen Grundziel der materiellen Wahrheit verpflichtet fühlt und folgerichtig ein Prinzip des bestmöglichen Beweises vertritt. Die zum Teil starken Differenzen¹⁾ tauchen stets nur im Zusammenhang mit der Frage auf, in welchem Maße das abstrakte Denkprinzip sich widerspiegelt in den gesetzlichen Regelungen und deren Aufnahme durch die Praxis.

1) Auf eine Darstellung des Streitstandes soll verzichtet werden, nachdem das Thema in jüngster Zeit von Löhr, Heissler und vor allem Geppert so gründlich aufbereitet wurde, daß dem im Hinblick auf das Ziel der vorliegenden Arbeit nichts hinzuzufügen ist. -- Siehe aber die so gleich folgende terminologische Vorbemerkung.

Im folgenden Abschnitt I wird zunächst kurz der erkenntnistheoretische Hindergrund der Forderung nach dem tatnächsten Beweismittel angesprochen. Daran wird sich anschließen eine Übersicht zu den praktischen Problemen der Tatsachenerschließung, die im Einzelfall je nach der Art des Beweismittels oder Beweisthemas mittelbar oder unmittelbar sein kann.

Vorweg erscheint aber noch eine terminologische Vorbemerkung angebracht:

Der Begriff des "tatnächsten Beweismittels" wird im folgenden immer wieder zur schlagwortartigen Charakterisierung dessen verwendet werden, worum es bei den Problemen der materiellen Unmittelbarkeit geht. Dieser Begriff ist jedoch in sich mehrdeutig, worauf zuletzt Geppert²⁾ deutlich hingewiesen hat.

Einmal findet er Verwendung bei der Frage, ob der Richter verpflichtet ist, seine Beweistätigkeit auf das der Tat am nächsten gelegene Beweisthema zu richten, mit anderen Worten, ob Beweisthema stets nur der den Schuldvorwurf begründende Tatvorgang (z.B. bei einem Einbruchsdiebstahl: Hat der Angeklagte die Schaufensterscheibe zertrümmert und sodann einen Teppich aus der Auslage weggenommen?) oder auch ein auf diesen Vorgang hindeutendes Indiz (Ist der Angeklagte zur Tatzeit in der Nähe des Tatortes - ggf. ohne Alibi - gewesen?) sein darf. Geppert³⁾ kleidet dies in die Frage, inwieweit der Unmittelbarkeitsgrundsatz die "Forderung nach dem tatnächsten Beweisthema" beinhalte.

Zum anderen taucht der Begriff im Zusammenhang mit der weiteren Frage auf, ob der Richter verpflichtet ist, das jeweils einem Beweisthema am nächsten gelegene Beweismittel⁴⁾ zu verwenden. Hier geht es also um die Frage der Wahl unter mehreren möglichen Beweismitteln, die zum Beweisthema (Indiz oder Haupttatsache) in einem näheren oder entfernteren Verhältnis stehen (die Aussage des Wahrnehmungszeugen oder das Vernehmungsprotokoll bzw. die Aussage der Verhörsperson). In diesem Bereich liegen

2) Unmittelbarkeit S. 163 ff, 166 ff

3) AaO S. 163

4) Geppert aaO S. 166: " Unmittelbarkeit als Forderung nach dem beweisthema-nächsten Beweismittel".

die Schwerpunkte der Probleme um die materielle Unmittelbarkeit.

Die erste Frage hat streng genommen mit dem Thema dieses Hauptteils, der Unmittelbarkeit der Tatsachenerschließung, nichts zu tun, denn, die zweite Frage überhaupt stellen heißt die erste zu verneinen.

Wenn in dem untenstehenden Abschnitt II, der sich mit der "mittelbaren Beweisführung" befaßt, die Frage nach der Zulässigkeit des Indizienbeweises erörtert wird, so geschieht dies ausschließlich, um die Kontinuität dieser historisch gewachsenen Terminologie⁵⁾ zu wahren. Zugleich soll aber mit diesem Vorspruch der zu Recht erhobenen Forderung Gepperts⁶⁾ Rechnung getragen werden, die in dem Begriff des "tatnächsten Beweismittels" verquickten Fragen nach dem tatnächsten Beweisthema bzw. dem beweisthema-nächsten Beweismittel zu trennen.

I -- Die Hintergründe der Forderung nach Verwendung des tatnächsten Beweismittels --

a) Aus deutscher Sicht

Das tatnächste Beweismittel (hier und fortan verwendet im Sinne des beweisthema-nächsten Beweismittels) ist dasjenige, das den Richter am unmittelbarsten an die Richtigkeit der zu erweisenden Tatsache heranführt.⁷⁾ Der Erkenntniswert dieses Beweismittels ist dann um so größer, je mehr es im Originalzustand verwendet wird, d.h. je weniger es durch vermittelnde persönliche oder sachliche Medien getrübt wird.

Diese Trübungsstellen wirken sich insbesondere im Bereich des persönlichen Beweises aus. Im Vergleich zu der Originalaussage des Wahrnehmungszeugen vor Gericht hängt etwa der Erkenntniswert des vermittelnden Vernehmungsprotokolls stark

5) Vgl. nur Gerland, Strafprozeß S. 173; Peters, Lehrbuch S. 267; Löhr, Unmittelbarkeit S. 24, 50

6) AaO S. 163, 165; so auch Eb.Schmidt, LK I RN 445

7) Löhr aaO S. 46

von der Genauigkeit der Fragestellung (die Vernehmungsperson setzt u.U. völlig andere Akzente, als es der erkennende Richter getan hätte), der Aufnahmefähigkeit der Verhörsperson und der Genauigkeit der Niederschrift ab.⁸⁾ Berücksichtigt man, daß der Zeuge unter allen Originalbeweismitteln erfahrungsgemäß die unzuverlässigste, weil mit "menschlichen Schwächen" behaftete Erkenntnisquelle ist, so gilt dies erst recht für die Vermittlung des Personalbeweises durch Zeugen vom Hörensagen und Verhörspersonen. Die schon 1907 verfaßte statistische Untersuchung Kulischers über die Unzuverlässigkeit des Zeugen vom Hörensagen⁹⁾ hat sicherlich an Aktualität nichts eingebüßt. Auch bei der Vernehmung der Verhörspersonen müssen theoretisch die natürlichen Schwächen des Personalbeweises kumuliert auftreten.¹⁰⁾

-
- 8) Geppert aaO S. 128 und FN 49 spricht hier von einer doppelten Vermittlung: Die Aussage des Wahrnehmungszeugen gelangt von der aufnehmenden Verhörsperson über die Niederschrift zum erkennenden Richter. -- Eine erste Trübungsstelle liegt bereits in der "Beweisaufnahme" selbst und betrifft natürlicherweise jedes Beweismittel. -- Über den Wert der Beweiswürdigung in der Hauptverhandlung entscheiden die Genauigkeit der Beobachtung und Aufnahme sowie die Möglichkeit, das Wahrgenommene zu speichern (Protokoll, Tonband), um es im Stadium der Entscheidung genauso frisch und unmittelbar parat zu haben, wie während des Beweisaufnahmeproganges. Vgl. auch oben Hauptteil A II b 1 (S. 95 ff). --
- Den subjektiven Qualitätsmängeln der Vernehmungsprotokolle stehen allerdings auch objektive Vorteile gegenüber: Die frühzeitig niedergelegten Einzelheiten einer Aussage unterliegen so nicht der Gefahr des Verblässens durch spätere Erinnerungsmängel, was speziell bei längerer Verhandlungsdauer von Bedeutung ist.
- 9) Das Zeugnis vom Hörensagen, Grünhuts Zeitschrift Bd. 34 S. 169 (211 ff)
- 10) Mit dieser Überlegung stellt v. Kries, Unmittelbarkeit ZStW 6, 88 (92) einen eventuellen Vorrang der Vernehmung der Verhörsperson vor der Protokollverlesung in Frage. Dagegen ist zu berücksichtigen, daß die Verhörsperson zur Erläuterung des schriftlichen Protokolls hinzugezogen werden kann. Bei der personellen Beweisvermittlung kann die mittelbare Aussageperson hinsichtlich des Rezeptions- und Speichervorgangs mit seinen Entstehungsgefahren "abgeklopft" werden.

In jedem Fall der Vermittlung einer persönlichen Aussage zielt vom Standpunkt der materiellen Unmittelbarkeit der Haupteinwand gegen die Unmöglichkeit, sich aufgrund eines persönlichen Eindrucks selbst ein Bild von der Richtigkeit der Angaben und der Glaubwürdigkeit des Zeugen zu machen.¹¹⁾ Für diesen persönlichen Eindruck kann auch das ausführlichste Gebärdenprotokoll kein Ersatz sein.

Der erkenntnistheoretische Vorzug des Originalbeweismittels vor dem abgeleiteten gilt prinzipiell auch für die sachlichen Beweismittel wie Urkunden und Augenschein. Regelmäßig wird etwa der Erkenntniswert des eigenen gerichtlichen Augenscheins größer sein als der einer polizeilichen Tatortskizze, die schematisieren muß, einer Photographie, deren Wert vom Blickwinkel abhängt, oder eines Berichts, dem alle Mängel des Personalbeweises anhaften. Allgemein werden aber die sachlichen Reproduktionen sachlicher Beweismittel (Photokopien, Photographien, Zeichnungen, Pläne) eine ungleich zuverlässigere Beweiswürdigung erlauben, als dies bei persönlichen Beweisreproduktionen der Fall ist. Letztlich hängt der Wert eines sachlichen Beweissurrogats entscheidend von der Feststellung ab, ob die Wiedergabe originalgetreu ist, wofür (im Gegensatz zur persönlichen Beweisvermittlung) wissenschaftliche und technische Maßstäbe zur Verfügung stehen.

b) Aus schweizerischer Sicht

Das schweizerische Strafprozeßrecht ist, wie das deutsche, dem Prinzip der materiellen Wahrheit¹²⁾ verpflichtet, indem es von dem Richter die Verwendung des tatnächsten, besten und zuverlässigsten Beweismittels fordert. Von daher bestehen im Grundsätzlichen keine Unterschiede zur deutschen Lehre, auch wenn sich dieses Faktum den meisten Darstellungen nur als Andeutung entnehmen läßt.¹³⁾

11) Löhr, Unmittelbarkeit S. 54; Heissler, Unmittelbarkeit S. 84

12) Vgl. Pfenningers Habilitationsschrift "Das Materialprinzip des modernen Strafprozeßrechts" ZStrR 31 (1918) S. 61 ff

13) Pfenninger, Probleme S. 49; E.Meier, Verfahrensgrundsätze S. 90; Scherrer, Prozeßmaximen S. 84 ff; weiterführend Clerc, Initiation S. 150

Bei aller Identität der Auffassungen darf jedoch nicht vergessen werden, daß das in der schweizerischen Strafprozeßlandschaft vorherrschende eingeschränkte formelle Unmittelbarkeitsverständnis¹⁴⁾ von vornherein aus Gründen der Zweckmäßigkeit akzeptiert wird, ohne daß die damit notwendig verbundene Einschränkung der materiellen Unmittelbarkeit überhaupt gesehen, geschweige denn zum Gegenstand grundsätzlicher Kritik gemacht wird. Wo nämlich ein zweckmäßiges, aktenbestimmtes Verfahren gepflegt wird, ist die Tatsachenerschließung des erkennenden Richters zwingend mittelbar, weil nicht das Originalbeweismittel, sondern das in den Akten enthaltene Protokoll als Surrogat Verwendung findet. Daraus folgt, daß sich die in der Literatur unbestrittenen Forderungen der materiellen Unmittelbarkeit in der Praxis zum großen Teil auf das dem richterlichen Erkenntnisvorgang vorangehende Untersuchungsverfahren beziehen.¹⁵⁾

Abgesehen von dieser systematischen Einschränkung wird der Forderung nach "unmittelbarer Erschließung der zu erforschenden Tatsachen"¹⁶⁾ in der Literatur großes Gewicht beigemessen. Die Erkenntnis, der Richter genüge nur dann seiner Wahrheitsforschungspflicht, wenn er "stets diejenigen Beweismaßnahmen trifft, die ihn unter den jeweiligen Umständen am nächsten an den strafrechtlich relevanten Sachverhalt heranbringen"¹⁷⁾, wird damit begründet, daß jede Beweisvermittlung erfahrungsgemäß eine Schwächung oder Trübung des Tatsachenmaterials mit sich bringe.¹⁸⁾ Besonders deutlich hat sich

14) Dazu ausführlich die Darstellung oben im Hauptteil A

15) Diese Zwischenbemerkungen sind nicht eigentlich aus "schweizerischer Sicht" gemacht, sondern geben schon vorweg den zusammenfassenden Eindruck des Verfassers wieder, der helfen soll, die Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im schweizerischen Strafprozeßsystem richtig einzuordnen.

16) Zürcher, Unmittelbarkeit S. 96

17) Zürcher aaO

18) Zürcher aaO S. 45 f: Die Zahl der möglichen Irrtümer steige mit der Zahl der zwischen Richter und Tat eingeschobenen Beweismedien.

v.Cleric mit den Mängeln des persönlichen Beweises¹⁹⁾ vermittelnden Protokolls auseinandergesetzt.²⁰⁾ Er erkennt, daß der Erkenntniswert eines Zeugenprotokolls in erster Linie von der Art der Fragestellung abhängt, die immer die Gefahr der Suggestion oder der "blinden Aussagen"²¹⁾ in sich trage. Solange etwa aus Zeitgründen ein Protokoll einseitig erfolgsorientiert²²⁾ abgefaßt wird und unter unklarem Gedankengang und mangelnder Worttreue leidet²³⁾, können auch die Vorteile einer frühen ("tatnahen") Protokollierung, wie sie gelegentlich in der Rechtsprechung betont werden²⁴⁾, kaum ins Gewicht fallen.

Wie v.Cleric, so sieht auch Comtesse²⁵⁾ die Problematik des vermittelten Personalbeweises in erster Linie in der

-
- 19) Grundlegend zur Problematik des Zeugenbeweises überhaupt Paillard, Le Témoignage, Diss. Genf 1962
- 20) v.Cleric, Unmittelbarkeit SJZ 12, 41 (44 ff)
- 21) Eine blinde Aussage macht der Zeuge, wenn er ohne eigentliches Wissen jene Antwort gibt, von der er glaubt, daß sie der Fragende hören will.
- 22) Vgl. dazu Robert, Augenschein S. 31 f mwN
- 23) Vgl. v.Cleric aaO S. 45
- 24) Vgl. etwa Versicherungsgericht Obwalden Amtsbericht des Obergerichts 1942/1958 S. 47 (Urteil vom 6.12.1958): Es sei auch im Strafverfahren ein wichtiger Erfahrungssatz, daß die erste protokollarische Darstellung regelmäßig die zuverlässigste ist. Kassationsgericht Zürich ZR 59 Nr. 84 und 85: Hier wird Bezug genommen auf § 337 ZHStPO, der in Übertretungssachen einem Polizeirapport erhöhte Beweiskraft zumißt, der spätestens 3 Tage nach Entdeckung der Übertretung geschrieben und abgeschickt wird; Obergericht Thurgau Rechenschaftsbericht 1967 Nr. 28: "Erfahrungsgemäß sind Aussagen unmittelbar nach dem Unfall weit zuverlässiger als spätere Einvernahmen, welche mehr Überlegungen als spontane Erlebnisse und Beobachtungen wiedergeben." - Ebenso Obergericht Zürich ZR 57 Nr. 6 S. 28
- 25) Verhältnis ZSR 65 (1946), 61 a (112 a)

Genauigkeit²⁶⁾ und Sorgfalt der Darstellung und in der Art der Fragestellung. Beide²⁷⁾ messen etwaigen Gebärdenprotokollen einen grundsätzlich zweifelhaften Wert zu. Alle diese Äußerungen lassen lediglich den Schluß zu, daß dem Originalbeweismittel der Vorzug vor dem vermittelnden Protokoll zu geben sei, während dies in der übrigen Literatur deutlich nur selten angesprochen wird.²⁸⁾

Ganz allgemein werden die Bedenken gegen eine mittelbare Beweisführung auch gegen die sachlichen Beweissurrogate geltend gemacht²⁹⁾, jedoch wird anerkannt, daß sich alles, was gut beschrieben oder abgebildet werden kann, mithin speziell das sachliche Beweismittel, eher für die Beweisvermittlung eignet, als das persönliche Beweismittel.³⁰⁾

II -- Zulässigkeit und Zuverlässigkeit mittelbarer Beweisführung --

a) Der Indizienbeweis ("Nähe des Beweisthemas")

1. Deutsches Recht

Der gerichtliche Beweisvorgang zielt naturgemäß auf diejenigen Tatsachen, die sich unmittelbar unter die gesetzlichen Tatbestands-, Rechtswidrigkeits- und Schuldmerkmale der angeklagten Tat subsumieren lassen.

Bilden wir das Beispiel einer Erpressung mittels eines Briefes: Das gerichtliche Beweisthema kann sich auf die Erpressungshandlung selbst richten, indem - etwa durch einen Augenzeugen - Beweis erbracht werden soll für das Schreiben und Absenden des dem Gericht vorliegenden Briefes. Dieser unmittelbar mit

26) Schon 1912 erwägt v.Cleric aaO S. 46, ob nicht durch "Sprechautomaten" Abhilfe geschaffen werden könne.

27) Ferner Pfenninger, Probleme S. 49

28) So etwa bei Robert, Augenschein S. 30, der speziell den Wert des persönlichen Eindrucks bei der Zeugeneinvernahme betont.

29) Robert aaO

30) So Comtesse, Verhältnis ZSR 65, 61 a (112 a)

tatbestandsrelevanten Tatsachen geführte Beweis heißt Haupttatsachenbeweis³¹⁾ und führt direkt zum Ziel. - Einen Umweg über Rückschlüsse und Gedankenoperationen erfordert hingegen der Indizienbeweis, dessen Beweisthema auf das Gegebenensein der Haupttatsache hindeutet (ein Fingerabdruck des Angeklagten auf dem Erpresserbrief; die Übereinstimmung des Schriftbildes mit den Typen einer Schreibmaschine im Besitz des Angeklagten).³²⁾

Die Beweisführung mit dem Indizienbeweis ist nun insofern mittelbar, als ihr das im Hinblick auf die tatbestandsrelevante Handlung entferntere Beweisthema zugrunde liegt. Die besondere Problematik dieser mittelbaren Beweisführung liegt im Bereich der Zuverlässigkeit, da natürlicherweise die erforderliche richterliche Gedankenoperation die Gefahr von Fehlschlüssen in sich birgt.³³⁾ Wie überhaupt nach dem von der freien Beweiswürdigung beherrschten System des deutschen Beweisrechts hat die Frage der Zuverlässigkeit eines Beweismittels jedoch keinen Einfluß auf seine prozessuale Zulässigkeit. Ein genereller Vorrang des Haupttatsachenbeweises vor dem Indizienbeweis läßt sich weder aus § 261 noch aus § 244 II StPO herleiten. Wenn auch die nach materieller Wahrheit strebende richterliche Aufklärungspflicht (§ 244 II) im Einzelfall stets die Frage gebietet, ob nicht neben dem mittelbar

31) Zur Unterscheidung von Haupttatsachen, Indizien und Hilfstatsachen vgl. Eb.Schmidt, LK I RN 448

32) Der Vollständigkeit halber: Der Hilfstatsachenbeweis würde sich mit den Zuverlässigkeitsmerkmalen des Haupt- oder Indizienbeweismittels befassen. So etwa die Glaubwürdigkeit des Augenzeugen bzw. die Frage, ob die fragliche Schreibmaschine gängig ist, oder ob sie einzigartige Merkmale aufweist.

33) Vgl. näher Peters, Lehrbuch S. 252 f. - Das gilt prinzipiell gleichermaßen für den sachlichen wie für den persönlichen Indizienbeweis (wozu auch der Hörensagenbeweis gerechnet wird). Dennoch orientiert sich der Schlußfolgerungsvorgang beim sachlichen Indizienbeweis an überprüfbaren wissenschaftlichen und logischen Kriterien, während solche beim Hörensagenbeweis fehlen.

34) Vgl. Geppert, Unmittelbarkeit S. 164 ff

relevanten Beweis durch Indizien noch der unmittelbare Haupttatsachenbeweis möglich ist, so entzieht sich diese Fragestellung doch jeglicher Schematisierung, weil durch § 261 und im Übrigen durch § 267 I 1³⁵⁾ ausdrücklich die Methodenwahl bei der Beweisführung offengelassen ist. Entscheidend ist allein, ob das Ergebnis eine sichere Überzeugung zuläßt.

2. Schweizerisches Recht

Der auf eine nicht unmittelbar tatbestands- oder schuldrelevante Tatsache gerichtete Indizienbeweis³⁶⁾, der in der schweizerischen Literatur gern als indirekter, logischer, künstlicher oder Beweis durch Anzeigen bezeichnet wird³⁷⁾, begegnet auch im schweizerischen Strafprozeßrecht hinsichtlich seiner Zulässigkeit keinen Bedenken.³⁸⁾ Das wird mit dem unabweisbaren Bedürfnis der Praxis, auch beim Fehlen eines Haupttatsachenbeweises zu einem Ergebnis zu gelangen³⁹⁾, sowie mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung begründet, der zugleich auch die Freiheit der Methodenwahl bei der Beweisführung beinhaltet.⁴⁰⁾

Die Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Indizienbeweises⁴¹⁾

35) " ... soweit der Beweis aus anderen Tatsachen gefolgert wird ..."

36) Ein Beispiel eines klassischen Indizienprozesses mit ausführlicher Beweiswürdigung bringt das Kantonsgericht Graubünden in PKG 1964 Nr. 44

37) Vgl. Krauer, Gestaltungsprinzipien S. 18; Waiblinger, Strafverfahren Art. 254 Anm. 1 S. 365; Rittler, Indizienbeweis ZStrR 43, 173 (175)

38) Vgl. Hauser, Ostschweizerische Kantone S. 155; Zürcher, Unmittelbarkeit S. 47; Rittler aaO S. 175

39) Rittler aaO S. 190; Huth, Beweisaufnahme ZStrR 60, 407 (421) bezeichnet den Indizienbeweis als das A+O des Kriminalprozesses; seine Fehlerquellen seien bei kritischer Würdigung geringer als bei Geständnissen.

40) Zürcher aaO

41) Ausführlich analysiert und mit Beispielen bestätigt von Rittler aaO S. 182 ff., der speziell auf die Wechselwirkung von indizieller Beweisführung und Justizirrtum hinweist (S. 190), wenngleich er den auf Tatsachen gestützten Indizienbeweis prinzipiell für zuverlässiger hält, als manchen Haupttatsachenbeweis aufgrund von Wahrnehmungen (S. 182). - Grundlegend ferner Walder, Beweisführung S. 27 ff.

gründen sich auf die Fehlermöglichkeiten in der geistigen Operation, die mit der Länge der erforderlichen Schlußketten wachsen. Insbesondere diese Bedenken sind es, die vor allem von Zürcher⁴²⁾ und ihm folgend E.Meier⁴³⁾ und Scherrer⁴⁴⁾ aus dem eigentlichen Problemkreis der Beweiswürdigung⁴⁵⁾ herausgelöst und mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz in Verbindung gebracht werden. Dieser verlangt vom Richter grundsätzlich⁴⁶⁾ eine unmittelbare Beweisführung, die auf "das eigentliche Beweisthema" gerichtet werden solle. Vorwiegend mit dem Hinweis auf die Unzulänglichkeiten des Hörensagenbeweises⁴⁷⁾ wird die Ansicht vertreten, der Richter dürfe nach dem "Grundsatz der Subsidiarität des Indizienbeweises" niemals ein direktes Beweismittel übergehen. Dieses Verständnis der materiellen Unmittelbarkeit fordert sowohl die Nähe des Beweisthemas als auch den Vorrang des Originalbeweismittels, indem es in gewisser Weise die Zuverlässigkeit eines Beweises mit seiner Zulässigkeit verknüpft und somit ein übergreifendes Prinzip des bestmöglichen Beweises bildet.

42) Unmittelbarkeit S. 46 ff (im Anschluß an Beling, Reichs-
straßprozeßrecht S. 315 ff).

43) Verfahrensgrundsätze S. 85

44) Prozeßmaximen S. 90

45) Hier sind die deutlichen Vorbehalte gegen die bloß
hinweisenden Beweise angesiedelt, die Krauer, Gestal-
tungsprinzipien S. 51 anmeldet.

46) Ein völliger Ausschluß der indiziellen Beweisführung
wird ausdrücklich nicht vertreten.

47) Der Hörensagenbeweis wird mit einer auch in Deutschland
weitverbreiteten Meinung als Indizienbeweis angesehen.
Dazu näher unten b 1. - Interessant ist, daß Walder, aaO
den Hörensagenbeweis überhaupt nicht erwähnt; Walder be-
faßt sich ausführlich mit dem Beweiswert von Indizien,
die begrifflich den Schluß auf die Haupttatsache mit
einer gewissen Wahrscheinlichkeit oder Sicherheit ge-
statten müssen. Diese Definition wäre geeignet, den
Hörensagenbeweis aus dem Kreis der Indizien auszu-
schließen.

Die praktische Bedeutung dieser Meinung, die indessen - wie gesagt - den Indizienbeweis nicht ausschließen will, spiegelt sich wider in den zahlreichen gesetzlichen Beweiswürdigungsratschlägen⁴⁸⁾, die sich anlehnen an frühere Beweiswürdigungssysteme⁴⁹⁾, die den Versuch unternehmen, das vorhandene richterliche Erfahrungswissen über die Würdigung von Indizienbeweisen in gesetzliche Formen zu gießen.⁵⁰⁾

b) Die Verwendung von Beweis(-mittel)surrogaten

Der Grundsatz der materiellen Unmittelbarkeit enthält die Forderung an den Richter, sich tunlichst solcher Beweismittel zu bedienen, deren Benutzung an die Aufklärung des Beweisthemas am nächsten heranführt.⁵¹⁾ Im Vordergrund steht also die Beziehung des Beweismittels zum Beweisthema und nicht, wie oben⁵²⁾ gezeigt, die Beziehung eines Beweisthemas zur Tat, weil bei prinzipiell freier Wahl der Beweismethode sich der Beweis gleichermaßen auf ein Indiz wie auf eine Haupttatsache richten darf, ohne daß sich hierzu vom Unmittelbarkeitsgrundsatz her einschränkende Kriterien ergeben.

Das dem Beweisthema am nächsten stehende Beweismittel gilt als Idealbild eines zuverlässigen gerichtlichen Beweises, weil es die zu beweisenden Tatsachen gewissermaßen im Original wiedergibt.⁵³⁾ Der Idealfall, daß dem Richter originäre Beweismittel in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen, wird in der Praxis selten genug gegeben sein, weshalb die Praxis

48) Dazu oben Hauptteil A I c 2 bb (S. 74 ff)

49) Etwa das bernische Beweisgesetz von 1842; dazu Waiblinger, Strafverfahren Art. 254 Anm. 1 S. 365

50) Rittler, Indizienbeweis S. 191 bemerkt dazu, daß nach heutiger Erfahrung sich die Gefahren des Indizienbeweises nicht zur gesetzlichen Regelung eignen.

51) Eb. Schmidt, LK I RN 445 im Anschluß an Beling, Reichsstrafprozeßrecht S. 315

52) Oben II a 1 (S. 124 ff)

53) Vgl. E. Meier, Verfahrensgrundsätze S. 83 f

weitgehend auf die vermittelte Beweisführung angewiesen ist⁵⁴⁾, die sich verschiedener Zwischenglieder bedient, mit denen der Inhalt des Originalbeweismittels lediglich wiedergegeben wird. Ist etwa der unmittelbare Wahrnehmungszeuge verstorben, bevor er amtlich einvernommen werden konnte, hat er aber seine Wahrnehmungen noch einem Dritten erzählt oder sie niederschreiben können, so muß sich die Praxis dieser "Vermittler" bedienen können, soll es nicht überhaupt zum Ausfall der Beweismöglichkeit kommen.

Vom Standpunkt der materiellen Wahrheit her ist aber folgendes unbestreitbar: Die Aussage des Originalzeugen steht dem Beweisthema am nächsten, während es sich bei dem Zeugen vom Hörensagen oder den schriftlichen Aufzeichnungen⁵⁵⁾ um mehr oder weniger entfernte Surrogate handelt.

Die von dem materiellen Unmittelbarkeitsprinzip erhobene Forderung nach größtmöglicher Nähe des Beweismittels zum Beweisthema⁵⁶⁾ wird nun mit der Vermutung begründet, mit der Zahl der zwischen dem Gericht und dem Originalbeweismittel eingeschobenen Zwischenglieder erhöhe sich die Zahl der möglichen Fehlerquellen.⁵⁷⁾ Während nämlich die Aufnahme des Originalbeweismittels sich normalerweise zweistufig⁵⁸⁾ vollzieht, ist bei der Verwendung eines Surrogats eine weitere Stufe deshalb

-
- 54) Weder in Deutschland noch in der Schweiz wird deshalb heute die extreme Forderung nach völligem Ausschluß von Beweissurrogaten (so aber v.Kries, Unmittelbarkeit ZStW 6, 88 (99)) vertreten.
 - 55) Sofern ihre Zuordnung zum Urheber einwandfrei gesichert ist, können solche Aufzeichnungen als Urkunden verlesen werden und dergestalt einen Personalbeweis ersetzen; vgl. Kleinknecht, StPO § 249 RN 3; Einl. RN 49
 - 56) Krauer, Gestaltungsprinzipien S. 51 spricht vom "Verbot der mittelbaren Beweisaufnahme".
 - 57) Vgl. Eb.Schmidt, LK I RN 450; Zürcher, Unmittelbarkeit S. 46; E.Meier aaO S. 84
 - 58) 1. Wahrnehmung des Beweismittels, 2. Würdigung seines Inhalts

erforderlich⁵⁹⁾, weil die Wahrnehmung und die Würdigung des Surrogats lediglich erweisen kann, daß der Inhalt des Originalbeweismittels richtig wiedergegeben ist.⁶⁰⁾ Damit ist noch nichts gesagt darüber, ob der Inhalt des Originalbeweismittels auch der Wahrheit entspricht oder Geschehnisse zutreffend wiedergibt. Zwischen der Würdigung des Surrogats und dem eigentlichen Ziel (Bestätigung des Beweisthemas) klappt eine Lücke, die in aller Regel nur schwer durch weitere Hilfstatsachen geschlossen werden kann, somit also die Möglichkeit von Fehlern offenläßt.

Inwieweit sich diese Bedenken gegen die Zuverlässigkeit einer mittelbaren Beweisführung im einzelnen bei den verschiedenen Beweismitteln mehr oder weniger bestätigen, und wie sich diese Bedenken auf die prozessuale Zulässigkeit einzelner Beweissurrogate auswirkt, soll in den folgenden Unterabschnitten für die persönlichen und die sachlichen Beweismittel getrennt untersucht werden.

1. Im Bereich persönlicher Beweismittel

aa) Deutsches Recht

Die für die wissenschaftliche Diskussion der materiellen Unmittelbarkeit⁶¹⁾ gebildete Unterscheidung zwischen Originalbeweismitteln und Beweissurrogaten gibt für sich genommen nichts her für die Beurteilung der prozessualen Zulässigkeit von Beweissurrogaten. Genau wie die Strengbeweismittel im "Originalzustand" lassen sich auch alle denkbaren Surrogate eines persönlichen Beweises zwanglos der Systematik der fünf

59) So Heissler, Unmittelbarkeit S. 64 f;

60) Zu dieser Feststellung bedarf es idR wiederum des Rückgriffs auf Hilfstatsachen, wie etwa der Wahrheitsliebe des Zeugen vom Hörensagen, oder der Frage, ob der Urheber einer Aufzeichnung bei der Abfassung unbeeinflusst war von Umständen, die den Inhalt seines Berichts möglicherweise verfälschen konnten.

61) Zu verstehen als theoretisches Prinzip des beweisthematischen Beweises.

zulässigen Strengbeweismittel unterordnen.⁶²⁾ Demgemäß hat die von der Idee der materiellen Unmittelbarkeit gestellte Frage nach der Zulässigkeit abgeleiteter Beweise stets an die qualitativen Merkmale der Beweisinhalt und nicht an die Benutzungsform angeknüpft. Inwieweit nun die der Form nach a priori zulässigen Beweissurrogate im Hinblick auf den materiellen Anknüpfungspunkt prozessualen Einschränkungen unterliegen, beurteilt sich nach den beiden Prozeßprinzipien, die die Inhalte richterlicher Beweistätigkeit entscheidend prägen: Dem Grundsatz der richterlichen Aufklärungspflicht⁶³⁾ und dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung.⁶⁴⁾

Bevor die einzelnen Beweissurrogate sogleich näher anzusprechen sind, kann zum Ergebnis schon so viel gesagt werden, daß die Anwendung der in den §§ 261, 244 II enthaltenen Kriterien in keinem Fall zu einer prinzipiellen Aussage über die Zulässigkeit eines Surrogats führen wird, weil es sich bei beiden Grundsätzen um Generalklauseln handelt, die nicht das Ergebnis des einzelnen Beweises, sondern das Gesamtergebnis der Beweisaufnahme, mithin das Prozeßziel als solches, im Auge haben.

(1) Das Zeugnis vom Hörensagen

Als "Zeugen vom Hörensagen" bezeichnet man zunächst die Person, die als Zeuge vor Gericht das wiedergibt, was sie von dem unmittelbaren Wahrnehmungszeugen über das Beweisthema gehört hat.⁶⁵⁾ Darüber hinaus beinhaltet der Begriff "Hörensagen" über den reinen Wortsinn hinaus ganz allgemein auch die Wiedergabe eigener Wahrnehmungen, die die prinzipiell

62) Der Zeuge vom Hörensagen ist ebenso "Zeuge" im Sinne der §§ 48 ff StPO wie der Originalzeuge; die eigenen Aufzeichnungen des Zeugen sind "Urkunden" iSd §§ 49 ff; das gleiche gilt von amtlichen Protokollen; Die Vernehmungspersonen sind "Zeugen"; Tonaufnahmen gelten als "Augenscheinsobjekte". - Vgl. dazu Kleinknecht aaO Einl. RN 49

63) § 244 II

64) § 261

65) So Löhr, Unmittelbarkeit S. 51

vorgesehene eigene Wahrnehmung durch das Gericht ersetzt. Letzteres gilt vor allem für den Zeugen, der über den Inhalt und die Beschaffenheit einer Urkunde oder die Beschaffenheit und Lage eines Augenscheinsobjekts berichtet⁶⁶⁾, mithin einen Urkunden- oder Augenscheinsbeweis vermittelt. Mit dieser Erweiterung des Begriffs "Hörensagen" stellt man freilich die Brauchbarkeit des Begriffspaars unmittelbarer-mittelbarer Zeuge in Frage, denn der Zeuge als Ersatz für den Urkunden- oder Augenscheinsbeweis ist zweifellos unmittelbarer Zeuge. Gleichwohl handelt es sich um eine Form mittelbarer Beweisführung. Wir können diesen erweiterten Begriff des Hörensagens aber sogleich wieder zurückstellen, denn in diesem Abschnitt sollen ausschließlich die Probleme der Vermittlung persönlicher Beweismittel behandelt werden.⁶⁷⁾

Der Zeuge vom Hörensagen im eigentlichen Sinne gibt also stets fremde Wahrnehmungen wieder, und zwar Wahrnehmungen, die das eigentliche Beweisthema bilden.⁶⁸⁾

Was die Zuverlässigkeit des Zeugnisses vom Hörensagen betrifft, so wurde bereits an anderer Stelle⁶⁹⁾ darauf hingewiesen, daß die Aussage des Zeugen zunächst nur dahin festgestellt und gewürdigt werden kann, daß er von bestimmten Wahrnehmungen des Originalzeugen gehört habe. Für die Feststellung der Richtigkeit der unmittelbaren Wahrnehmungen, auf die es dem Gericht

66) So richtig Eb.Schmidt, LK I RN 449; außer Acht gelassen von Löhr aaO

67) Unter den erweiterten Hörensagen-Begriff fällt auch die Vermittlung eines sachlichen Beweises durch ein persönliches Beweismittel; dazu unten b 2 (S. 171 ff)

68) Deshalb richtig der Hinweis von Löhr aaO, daß man nicht vom "Hörensagen" sprechen sollte, wenn es dem Gericht lediglich um die Feststellung geht, daß der unmittelbare Zeuge etwas wahrgenommen habe, und daß der vor Gericht aussagende Zeuge etwas gehört habe. So auch Schaefer, Zeugen vom Hörensagen S. 9 f.

69) Oben Ia (S. 119 ff)

in erster Linie ankommt, ist grundsätzlich damit noch nichts gewonnen.⁷⁰⁾ Will das Gericht zu der begründeten Überzeugung von der Richtigkeit der so wiedergegebenen Wahrnehmung des Originalzeugen kommen, so bedarf es dazu einer größeren Anzahl von Hilfstatsachen als beim Originalzeugen. Die normalen Hilfstatsachen für die Würdigung einer Zeugenaussage (Person und Persönlichkeit, Beobachtungsvermögen, Wiedergabefähigkeit, äußere Umstände der Wahrnehmung, ganz allgemein Glaubwürdigkeit) müssen nicht nur für den Zeugen vom Hörensagen gewonnen werden, was keine Schwierigkeiten macht, sondern auch für den nicht zur Verfügung stehenden unmittelbaren Zeugen. Demnach hängt die Zuverlässigkeit des Beweises durch Zeugen vom Hörensagen entscheidend davon ab, ob es gelingt, die für die Schlüssigkeit und Glaubwürdigkeit der wiedergegebenen unmittelbaren Wahrnehmung erforderlichen Zusatzstatsachen zu erlangen.⁷¹⁾

Das geltende deutsche Beweisrecht gibt hierzu keine ausdrücklichen Anweisungen. Es überläßt vielmehr dem Richter die Entscheidung im Einzelfall, ob er das Beweisthema durch die Feststellung der mittelbar relevanten Tatsache (Aussage des Zeugen vom Hörensagen) als bestätigt ansieht. Dies folgt zunächst aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 261).

70) Insoweit teilt der Verf. die Bedenken A.Arndts, Mittelbares Zeugnis? NJW 1962, 1192 f gegen die Kennzeichnung des mittelbaren Zeugnisses als Indiz. (So eine verbreitete Meinung, vgl. Löhr aaO S. 54; Eb.Schmidt aaO RN 450). -- Kennzeichen des Indizes ist es, daß es einen Anhaltspunkt für die Richtigkeit der zu erweisenden Tatsache gibt (Hautfetzen des Angeklagten unter den Fingernägeln des Verletzten deuten auf den Angeklagten als Täter hin). Dagegen gibt die Tatsache, daß jemand eine bestimmte Darstellung über angeblich von ihm gemachte Beobachtungen weitergegeben hat, noch keinen Anhaltspunkt für die Richtigkeit dieser Beobachtungen. Der wesentliche Unterschied liegt in der Länge der Schlußkette zwischen mittelbarer Tatsache und Tat: Beim sachlichen Indiz ist sie kürzer und ohne zusätzliche Hilfstatsachen zu bewältigen. -- Gegen die "Indizienkonstruktion" auch Geppert aaO S. 221, der zwar nicht den Begriff für verfehlt hält, jedoch zu Recht geltend macht, durch die "Indizienkonstruktion" werde vertuscht, daß das Ziel des Hörensagenbeweises stets die Richtigkeit der wiedergegebenen Wahrnehmung des Originalzeugen ist.

71) So ausdrücklich A.Arndt aaO S. 1193 (rechte Spalte)

Das Fehlen jeglicher Regelung⁷²⁾ über Qualität und Beweiskraft eines Beweismittels ist unumstrittener Inhalt dieses Grundsatzes.⁷³⁾ Damit steht es dem Richter frei, einen Beweis durch die Aussage des Zeugen vom Hörensagen als geführt anzusehen. Auch bleibt es ihm überlassen, ob und in welchem Maße er den Schluß von der Aussage des Zeugen auf die Richtigkeit des Gehörten durch Zusatztatsachen zuverlässig macht.⁷⁴⁾ Ein Prinzip des Vorrangs des Originalzeugen vor dem Zeugen vom Hörensagen, das sich aus § 261 nicht ableiten läßt, kann auch der richterlichen Aufklärungspflicht (§ 244 II) nicht entnommen werden. Diese Vorschrift, die den Kernbereich der richterlichen Beweistätigkeit umschreibt, läßt schon vom Wortlaut her keine Beschränkung der Beweistätigkeit auf die dem Beweisthema am nächsten stehenden Beweismittel zu.⁷⁵⁾ Daß auch Zeugen vom Hörensagen ebenso wie alle anderen Beweis-surrogate für die Entscheidung "von Bedeutung" sein können,

-
- 72) Der einzige gesetzliche Hinweis auf die Besonderheit des Hörensagenbeweises findet sich in § 69 II StPO, dem "Grundrezept" für Zeugenvernehmungen; danach soll der Vernehmende durch geeignete Fragen den Grund erforschen, auf dem das Wissen des Zeugen beruht. Die Notwendigkeit, bei der Vernehmung zu unterscheiden zwischen eigenen Wahrnehmungen und Hörensagen, wird im Schrifttum nur vereinzelt betont, vgl. Krönig, Beweiserhebung S. 29. Wesentlich deutlicher insoweit zahlreiche schweizerische Gesetzesformulierungen, vgl. unten bb (1)
- 73) Vgl. Kleinknecht aaO § 261 RN 11; Eb. Schmidt § 261 JZ 1970, 337 f; BGHSt 10, 208; BGH GA 71, 85. -- Allerdings ist, wie BGHSt 10, 208 ff betont, die freie Beweiswürdigung nicht schrankenlos, weil sie zumindest den Denkgesetzen und den unbestrittenen Erkenntnissen der Wissenschaft unterliegt.
- 74) Es ist insbesondere diese durch § 261 begründete richterliche Freiheit, die A. Arndt aaO zu der Frage veranlaßt, ob die "Omnipotenz" des Gerichts insoweit noch mit dem Rechtsstaatsprinzip in Einklang zu bringen ist. - Von da her ist auch die Ansicht zu begreifen, das mittelbare Zeugnis könne nicht als Indiz gewertet werden.
- 75) "Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind."

ist auch ohne nähere Darlegung einsichtig.⁷⁶⁾ Folglich stehen auch die mittelbaren Zeugenaussagen, soweit sie gesetzlich zulässig⁷⁷⁾, geeignet⁷⁸⁾, erheblich hinsichtlich des Beweisthemas und erreichbar sind, dem Gericht zu Gebote, ohne daß sich Bedenken gegen ihre relative Unzuverlässigkeit als Beweismittel bei ihrer Hinzuziehung auswirken dürfen.⁷⁹⁾ Gleichwohl leitet die höchstrichterliche Rechtsprechung aus § 244 II einen Gedanken ab, der von den Anhängern eines vorwiegend materiellen Unmittelbarkeitsverständnisses als zumindest teilweise Hinwendung zu einem Gebot des "tatnächsten Beweises" verstanden wird.⁸⁰⁾ Dem § 244 II wird zu Recht die Verpflichtung entnommen, sich zur Erforschung der materiellen Wahrheit derjenigen Beweismittel zu bedienen, die am besten und am nächsten zu diesem Ziel hinführen. Sofern dem Richter daher wegen des weitgehenden Beweisantragsrechts der Parteien⁸¹⁾ überhaupt noch ein nennenswertes Auswahlermessen bleibt, so konkretisiert sich dieses in der selbstverständlichen und natürlichen Erwägung, daß gerade der "beste Beweis" gut genug sei. Immerhin führt auch diese Erwägung nur so weit, daß die Entscheidung hierüber nur anhand des konkreten Einzelfalles getroffen werden kann. Ist deshalb der Beweis durch die Aussage eines Zeugen vom Hörensagen erbracht, so enthebt dies den Richter nicht von seiner Aufklärungspflicht, solange er nicht der Möglichkeit nachgegangen ist, durch die Vernehmung des erreichbaren Originalzeugen zu einer vollständigeren und "besseren" Sachaufklärung

76) Vgl. dazu Löhr, Unmittelbarkeit S. 79

77) Etwa im Hinblick auf ausdrückliche Beweisverbote, vgl. §§ 54, 136 a, 69 III.

78) Der Zeuge muß etwas zum Beweisthema aussagen können, er muß aus der Betrachtung ex ante (vgl. Kleinknecht StPO § 244 RN 56 ff) die Möglichkeit erkennen lassen, daß er etwas zur Sachaufklärung beitragen kann.

79) RGSt 48, 246 (247); BGHSt 1, 373 (376); 6, 209 (210); 17, 382 (385 ff). - Löhr aaO S. 81 f.

80) Vgl. Krause, Urkundenbeweis S. 139 f; Peters, Summum ius S. 198; Sarstedt, Revision S. 191; Löhr aaO S. 83.

81) Dazu statt aller Kleinknecht aaO § 244 RN 37 ff mwN

zu gelangen.⁸²⁾ Dabei hat die Betonung des Wortes "erreichbar" keineswegs die Bedeutung, daß der Zeuge vom Hörensagen nur bei Unerreichbarkeit des Augenzeugen zulässiges Beweismittel ist⁸³⁾, vielmehr soll damit lediglich darauf hingewiesen werden, daß selbstverständlich einem aus § 244 II folgenden Gebot des "bestmöglichen Beweises" mit dem Zeugnis vom Hörensagen Genüge getan ist, wenn der Originalzeuge nicht zur Verfügung steht.⁸⁴⁾

82) Vgl. Eb.Schmidt LK II § 244 RN 8; Löhr aaO S. 83; Kleinknecht aaO § 250 RN3; Sarstedt aaO S. 190 f.

83) So die h.M., vgl. oben FN 79, ferner Löwe-Rosenberg, StPO § 250 RN 24, § 244 RN 42. - Die Akzente in dieser Frage werden nicht einheitlich gesetzt. Der BGH, wie auch einzelne Obergerichte, haben bisweilen davon gesprochen, es bestehe grundsätzlich die Pflicht (aus § 244 II), den erreichbaren Originalzeugen heranzuziehen, bevor der mittelbare Zeuge gehört wird. BGH GA 1968,370; OLG Hamm MDR 1976, 1040 (hier findet sich der dogmatisch angreifbare Satz, die Verwertung des mittelbaren Zeugnisses entgegen § 244 II verstoße logisch zwingend auch gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250.) -- Offenbar hat das OLG Hamm die in BGHSt 6, 209 vertretene Ansicht, eine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes sei auch als Verstoß gegen § 244 II anzusehen, umgekehrt, was nach der herrschenden Auslegung zu § 250 Satz 1 sicherlich nicht zu rechtfertigen ist. -- Anderer Ansicht sind Beling, Reichsstrafprozeßrecht S. 319; Gerland, Strafprozeß S. 368; v.Kries, Unmittelbarkeit ZStW 6, 92 ff; Dolderer, Urkunden S. 66 ff; Heissler, Unmittelbarkeit S. 165 ff, der allerdings in erster Linie aus § 250 argumentiert. Auch die anderen Vertreter der Mindermeinung stützen sich nicht einheitlich auf § 244 II.

84) Wie hier auch Geppert, Unmittelbarkeit S. 184 ff, der zu Recht darauf hinweist, daß auch ein dem § 244 II entnommenes Prinzip des bestmöglichen Beweises nicht das wiedergibt, was die Idee der materiellen Unmittelbarkeit sein will: Ein abstrakt bindendes Prinzip der Wahl. Ebenso Löhr aaO S. 84.

Der Hauptstreit um die Zulässigkeit des Zeugnisses vom Hörensagen hat sich von jeher an der Vorschrift des § 250⁸⁵⁾ entzündet.⁸⁶⁾ Insbesondere die ältere Literatur um v.Kries ist dabei zu einer weit über den Wortlaut des Satzes⁸⁷⁾ hinausgehenden Interpretation gelangt, die das Vernehmungsgebot für die Wahrnehmungsperson schlechthin ausweitet auf ein Vernehmungsgebot für den unmittelbaren Wahrnehmungszeugen. In letzter Konsequenz werde durch § 250 Satz 1 sogar ein Verbot des Beweises durch Zeugen vom Hörensagen ausgedrückt⁸⁸⁾, wie überhaupt der Geist dieser Vorschrift grundsätzlich jede Vermittlung der richterlichen Erkenntnis mißbillige.⁸⁹⁾ Auch § 250 Satz 2⁹⁰⁾ wird von einem absoluten materiellen Unmittelbarkeitsverständnis her extensiv ausgelegt. Das Verlesungsgebot solle nur beispielhaft die vor Geltung der StPO geübte Praxis ausschließen. Wenn nämlich schon das Protokoll als Beweissurrogat anerkanntermaßen so unzuverlässig sei, daß es von Gesetzes wegen ausgeschlossen sei, müsse man dies erst recht von dem Beweis durch Zeugen vom Hörensagen annehmen, dem in weit stärkerem Maße Bedenken anhaften, die aus der Gefahr von Gedächtnislücken und Übermittlungsfehlern herrühren.⁹¹⁾

- 85) "Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesen des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden."
- 86) Vgl. die Darstellung des Streitstandes bei Löhr aaO S. 56 ff, 109 ff; Heissler aaO S. 122 ff, 165 ff; Geppert aaO S. 221 ff ; jeweils mwN.
- 87) Satz 1 beinhaltet das Gebot, von dem persönlichen Beweismittel durch Vernehmung in der Hauptverhandlung Gebrauch zu machen, regelt also im Sinne des formellen Unmittelbarkeitsprinzips die Art und Weise der Zeugenbeweisaufnahme.
- 88) Vgl. v.Kries aaO S. 95 ff; Ullmann, Lehrbuch S. 473 f.
- 89) Ullmann aaO S. 474
- 90) Satz 2 verbietet den Ersatz von persönlichen Vernehmungen durch Verlesen von Protokollen und schriftlichen Aufzeichnungen.
- 91) Ullmann aaO; v.Kries aaO S. 92 f; Muskat, Zeugnis vom Hörensagen GA 36 (1888) S. 281 (284 f). Zu dem gleichen Ergebnis kommt neuerdings Heissler aaO S. 176

In den Konsequenzen weniger weit geht eine Ansicht, die - im wesentlichen mit denselben Argumenten wie oben - aus § 250 ein Verbot des Zeugnisses vom Hörensagen dann herleitet, wenn dem Gericht die unmittelbaren Wahrnehmungspersonen zur Verfügung stehen.⁹²⁾ Diese Argumentation bezieht aus § 244 II den Grundgedanken des "bestmöglichen Beweises" mit in die Auslegung des § 250 ein, oder zieht - wie Peters⁹³⁾ - rechtspolitische Erwägungen für ein relatives Verbot des Zeugnisses vom Hörensagen heran, das allein eine größtmögliche Zuverlässigkeit der Wahrheitsfindung garantiere.

Alle diese Versuche, ein absolutes oder relatives Verbot des Hörensagenbeweises aus § 250 zu begründen, haben sich - das zeigt schon die seit 90 Jahren währende, bis in Nuancen kontroverse Diskussion - als *petitio principii* erwiesen.⁹⁴⁾ Die heute in Literatur und Rechtsprechung herrschende Meinung hält § 250 vor allem deshalb für das Problem des Hörensagenbeweises für nicht einschlägig, weil ein materielles Unmittelbarkeitsverständnis allein für den Teilbereich der Vermittlung von persönlichen Beweisen durch Berichtsurkunden in § 250 Satz 2 Gesetz geworden sei.⁹⁵⁾

Der Hörensagenbeweis hat also weder in § 261 noch in § 244 II oder in § 250 eine Spezialregelung erfahren. Vielmehr ergibt

92) Beling aaO S. 319; E.Rupp, Der Beweis S. 129 ff; so wohl auch Grünwald, Beweisverbote JZ 1966, 489 (493).

93) Lehrbuch 2. Aufl. S. 267 unter Hinweis darauf, daß seine umfangreichen Forschungen zum Fehlurteil eindeutige Zusammenhänge zwischen der Verwendung von Hörensagenbeweisen und der Häufigkeit von Fehlurteilen ergeben haben.

94) So schon Hegler, Rechtsgang II S. 317

95) Vgl. Kleinknecht aaO § 250 RN 5; Löwe-Rosenberg aaO § 250 RN 3 ff; Eb.Schmidt, LK I RN 257 FN 248, LK II § 250 RN 3; Löhr aaO S. 109 ff, 64 ff; Geppert aaO S. 186, 197, 249. -- RGSt 2, 160 (161); 5, 142 (144); 27, 163 (165); BGHSt 1, 373 (376); 6, 209 f; 17, 382 (383); BGH bei Holtz MDR 1976, 988 (Urteile v. 29.6. und 6.7.1976)

sich seine prozessuale Behandlung - bei prinzipieller Zulässigkeit - aus dem Wechselspiel der §§ 261 und 244 II, welche hinsichtlich der Qualität und der Zuverlässigkeit eines jeden Beweismittels nur für den Einzelfall Aussagen über Auswahl und Bewertung mittelbarer Beweise erlauben.

Das sei anhand eines besonderen Falles des Hörensagenbeweises, der Vernehmung der amtlichen Verhörsperson, kurz erläutert.

Der Beamte, der in der Untersuchung die Aussage eines Zeugen im Rahmen einer Vernehmung zu Protokoll nimmt⁹⁶⁾, ist, wenn er vor Gericht über den Inhalt der Zeugenaussage berichtet⁹⁷⁾ (weil das Vernehmungsprotokoll wegen § 250 Satz 2 nicht verlesen werden darf⁹⁸⁾), normaler Zeuge vom Hörensagen. Er gilt daher nach absolut herrschender Meinung als zulässiges Beweismittel, obwohl seine Vernehmung zur Umgehung der Verbotsnorm des § 250 Satz 2 führt, die einen Ausfall des "tatnäheren" Protokolls bewirkt.⁹⁹⁾ Bei aller grundsätzlichen Zustimmung ist man sich jedoch ebenso einig, daß vom Standpunkt der Zuverlässigkeit her die Vernehmung der Verhörsperson wegen der doppelten Vermittlung stärkeren Bedenken begegnen muß, als die Verlesung des Zeugenprotokolls. Die Verhörsperson wird nämlich - insbesondere wenn sie sich wie die Polizei routinemäßig mit Vernehmungen befaßt¹⁰⁰⁾ - ohne Zuhilfenahme des von ihr aufgenommenen Protokolls kaum mehr, in der Regel jedoch weniger aussagen können, als man bei der Verlesung des

96) Erste Vermittlung

97) Zweite Vermittlung

98) Dazu unten (3)

99) Vgl. Hegler, Rechtsgang I S. 318 FN 3, S. 329 RN 1; Sprang, Zeugen vom Hörensagen S. 64 f; KMR, StPO § 250 Anm. 2 b; Kleinknecht aaO § 250 RN 5; RGSt 5, 142 ff; 72, 221 ff; BGHSt 1, 4 (8); 14, 310 (312); BGH NJW 1973, 1193.

100) Ausführlich dazu Wetterich, Polizeibeamte S. 43 ff, 82

Protokolls erfahren könnte.¹⁰¹⁾ Abgesehen von den Fällen, in denen ein Beamter infolge besonderer dienstlicher Befassung sein Interesse an der Sache selbst, ebenso wie die Erinnerung an Einzelheiten bewahrt hat, wird man beachten müssen, daß sich leicht Eindrücke und Einzelheiten aus den Akten einprägen, die in Wirklichkeit bei der Vernehmung nicht zur Sprache kamen. Gerade um dieser Gefahr zu entgehen, wird ohnehin der gewissenhafte Beamte sein eigenes Protokoll kurz vor der Vernehmung als Zeuge zur Gedächtnisauffrischung durchlesen.¹⁰²⁾

Mit Rücksicht auf diese Bedenken, die vor allem im Bereich des § 261 angesiedelt sind, scheint sich sogar die Rechtsprechung von ihrem grundsätzlich positiven Standpunkt aus der Unzuverlässigkeit des Hörensagenbeweises durch Verhörspersonen bewußt zu sein, indem sie in weitem Umfang Vorhalte aus den Vernehmungsprotokollen zur Gedächtnisunterstützung zuläßt.¹⁰³⁾ In der Literatur verbreitet ist die Tendenz, die Vernehmung der Verhörsperson nur im Notfall - zur Verhütung von Beweisverlusten - ¹⁰⁴⁾, oder aber nur ersatzweise

101) Vgl. Peters, Beweisverbote S. 118; ders. Fehlerquellen II S. 87. Peters hat an anderer Stelle - Summum ius S. 197 f - noch auf den Gedanken der unzulässigen Rollenvertauschung hingewiesen, den er (vor allem) auf die Problematik des "V-Mannes" anwendet. Danach bestehe die Gefahr, daß der ermittelnde Beamte dann, wenn er sich vor Gericht in der Rolle eines Tatzeugen sehe, "das Verfahren in die von ihm als Strafverfolgungsorgan gewünschte und möglicherweise durchaus für richtig gehaltene Richtung" überführe, weil er nicht in der Lage sei, die Anforderungen und Tendenzen der einen Rolle bei der Erfüllung der anderen außer Acht zu lassen. -- Ausführlich und de lege lata ablehnend zu diesem Gedanken Geppert aaO S. 272 ff, 275 ("diskutabel" allenfalls im Hinblick auf die "V-Mann-Problematik").

102) Foth, Polizeibeamte als Zeugen DRiZ 1971, 341; Geppert aaO S. 277 und dort FN 95.

103) Vgl. die Nachweise oben FN 97. -- Dadurch entsteht aber die Gefahr, daß der Vorhalt zu einer (verbotenen) Protokollverlesung mit anderen Mitteln wird (ähnlich Geppert aaO S. 282). Unter diesem Gesichtspunkt hat einmal das Reichsgericht in RGSt 8, 122 (123) in der Vernehmung der Verhörsperson eine unzulässige Umgehung des Verlesungsverbots gesehen. Diese Entscheidung ist vereinzelt geblieben und später nicht bestätigt worden.

104) E.Rupp, Der Beweis S. 163; Redecker, Vernehmungsprotokoll, S. 156

bzw. ergänzend zur (und zeitlich nach der) Protokollverlesung zuzulassen, sofern diese überhaupt zulässig wäre.¹⁰⁵⁾

Eine Sonderstellung innerhalb der Problematik des Hörensagenbeweises nimmt der Sachverständigenbeweis ein.

Der Sachverständige hat dem Gericht auf der Grundlage eines ihm in der Regel vom Gericht vorgegebenen Tatsachenmaterials¹⁰⁶⁾ einen Befund zu liefern, zu dessen Gewinnung dem Gericht selbst die erforderliche besondere Sachkunde fehlt. Dabei ist es dem pflichtgemäßen Ermessen des Sachverständigen überlassen, auf welchem Weg und aufgrund welcher Unterlagen er sein Gutachten erstattet. Hinsichtlich der vom Sachverständigen in die Hauptverhandlung eingeführten Anknüpfungstatsachen kann es zu einer "Vermittlung" und somit zu einem Hörensagenproblem nur in dem Wahrnehmungsbereich kommen, der die besondere eigene Sachkunde, um deretwillen der Sachverständige ausgewählt wurde, gerade nicht voraussetzt. Das sind zum einen die Tatsachen, die der Sachverständige von ihrerseits nicht sachkundigen Personen erfährt, bzw. die das Gericht selbst mit den ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismitteln feststellen könnte. Zum anderen sind es die Tatsachen, die dem Sachverständigen von ihrerseits (auf einem anderen Fachgebiet) sachkundigen Personen mitgeteilt werden.¹⁰⁷⁾ Daraus folgt, daß der Sachverständige bezüglich der von ihm selbst aufgrund seiner speziellen Sachkunde ermittelten (Befund-) Tatsachen Originalbeweismittel ist, das in die Hauptverhandlung eingeführt und ohne weiteres verwertet werden darf.¹⁰⁸⁾ Geppert weist allerdings zu Recht

105) Geppert aaO S. 282; Heissler aaO S. 221 f.

106) Die sog. Anknüpfungstatsachen, vgl. Kleinknecht, StPO § 80 RN 1

107) Diese Differenzierung findet sich bei Geppert aaO S. 251 ff, der insoweit die allgemein gebräuchliche Unterscheidung von "Befundtatsachen" und "Zusatzstatsachen" verdeutlicht. Vgl. auch Kleinknecht aaO vor § 72 RN 5-11

108) Dies wird etwa von BGHSt 18, 107 ff; 22, 268 (271) als selbstverständlich und aus der Natur des Sachverständigenbeweises folgend vorausgesetzt. Näher dazu Geppert aaO S. 252

darauf hin, daß der Kreis dieser Tatsachen eng zu fassen und speziell auf die allein dem Sachverständigen zur Verfügung stehende Sachkunde zu beziehen ist. Es fallen u.a. darunter: Nachweise von Giftresten und Alkoholmengen, der Seelenzustand einer Person, Bremsweg- und Geschwindigkeitsberechnungen, ballistische und daktyloskopische Erkenntnisse.¹⁰⁹⁾

In den Bereich des Hörensagenbeweises fallen alle übrigen vom Sachverständigen mitgeteilten Tatsachen (Zusatztatsachen), die er durch Äußerungen dritter Personen erfahren hat. Das gilt für Angaben von Zeugen und Angeklagten anlässlich ihrer Begutachtung durch den Sachverständigen ebenso, wie für Erkenntnisse anderer sachverständiger Personen, die alle nicht selbst vor Gericht als Beweismittel auftreten. Für beide Fallgruppen gilt allgemein, daß sie mit dem aus § 244 II folgenden "Prinzip des bestmöglichen Beweises"¹¹⁰⁾ kollidieren, sofern das Gericht diese Tatsachen ohne weitere Beweisaufnahme als in die Hauptverhandlung eingeführt verwertet, obwohl die Einvernahme der betreffenden (Original-) Auskunftspersonen vor Gericht möglich wäre.

109) Solche Befundtatsachen sind zu unterscheiden von den Schlüssen, die daraus zu ziehen sind. So ist etwa das Gericht durchaus in der Lage, eine Bremsspur, einen Fingerabdruck oder einen Buchungsvorgang als solchen wahrzunehmen. Im eigentlichen Sinne sind dies also keine "Befundtatsachen". - Mißverständlich ist es auch, wenn die sachverständigen Schlüsse (welche Geschwindigkeit resultiert aus einem bestimmten Bremsweg, ist ein Fingerabdruck mit dem des Angeklagten identisch, oder ist ein Handelsbuch durch einen bestimmten Buchungsvorgang manipuliert worden?) als Befundtatsachen bezeichnet werden. Vgl. z.B. BGHSt 2, 25 (27); 9, 292 (294); BGH NJW 1951, 771.

110) Dazu oben S. 137. Soweit sich die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang auch auf die §§ 261, 250 Satz 1 bezieht (vgl. BGHSt 13, 1 (2); 22, 268 (271); BGH NJW 1951, 771), ist das zumindest irreführend, weil die hier zum Ausdruck gekommenen Prinzipien der Mündlichkeit und der formellen Unmittelbarkeit nicht verletzt sind. - Vgl. Löwe-Rosenberg aaO § 80 RN 7, § 79 RN 21; Löhr aaO S. 117; Geppert aaO S. 253 ff.

Soweit es sich um nicht-sachverständige Äußerungen handelt, wendet die Rechtsprechung die zum Zeugen vom Hörensagen entwickelten Grundsätze an, d.h. die Bekundungen des Sachverständigen über das Gehörte gelten als in die Hauptverhandlung eingeführt, ohne daß das Gericht verpflichtet wäre, die Auskunftsperson selbst als Zeugen zu hören. Allerdings macht der Bundesgerichtshof die Einführung in die Hauptverhandlung streng formal davon abhängig, daß der Sachverständige aus seiner bisherigen Rolle heraustritt und formell als Zeuge über das Gehörte aussagt.¹¹¹⁾ Insofern wird aus der strengen Trennung von Sachverständigen- und Zeugenfunktion ein für die Beweiswürdigung unverzichtbares Kriterium gewonnen, nämlich das der prozessualen Rolle eines Beweismittels.¹¹²⁾ Während der Sachverständige als solcher hinsichtlich seiner Glaubwürdigkeit eine Sonderstellung einnimmt, unterliegt er für die von ihm mitgeteilten Zusatztatsachen der gleichen Glaubwürdigkeitsprüfung wie jeder andere Zeuge vom Hörensagen. Zur Verdeutlichung des hier zu behandelnden thematischen Zusammenhangs sei allerdings noch einmal betont, daß die Verwertung des in einem Sachverständigengutachten "versteckten" Zeugnisses vom Hörensagen nicht die in den §§ 244 II, 261 und 250 enthaltenen Grundsätze der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme¹¹³⁾, sondern die speziellen Vorschriften über die Personalbeweismittel, §§ 48 ff und 72 ff, verletzt.

Eine letzte Fallgruppe schließlich betrifft den eigentlichen "Sachverständigen vom Hörensagen", der Erkenntnisse und Folgerungen anderer sachkundiger Personen wiedergibt. Bezieht sich etwa der psychiatrische Sachverständige in seinem Vortrag auf ein ansonsten nicht in die Hauptverhandlung eingeführtes psychologisches oder fachmedizinisches Gutachten und legt er es seinen Ausführungen zugrunde, so beruhen diese

111) So insbesondere BGHSt 13, 1 (3) und 250 f; ebenso Kleinknecht aaO vor § 72 RN 11

112) In diesem Sinne auch BGHSt 22, 268 (271)

113) Selbstverständlich können diese Grundsätze - speziell wegen § 244 II - im Einzelfall die Vernehmung des Original-(Wahrnehmungs-)zeugen fordern.

nicht ausschließlich auf der speziellen Sachkunde des Psychiaters. Der Bundesgerichtshof¹¹⁴⁾ erklärt die gesamten Ausführungen des "Hauptgutachters" unter zwei Bedingungen für verwertbar:

Die eine betrifft die allgemein für den Hörensagenbeweis geltende Einschränkung, daß zufolge der Aufklärungspflicht des Gerichts (§ 244 II) nicht im Einzelfall die mündliche Vernehmung des "Zusatzgutachters"¹¹⁵⁾ (Originalbeweismittel) notwendig erscheint. Die andere Bedingung fordert, daß der Hauptgutachter kraft seiner Sachkunde die Verantwortung für die Ergebnisse des Zusatzgutachters übernimmt und übernehmen kann, was wiederum das Gericht nach seiner freien Überzeugung zu entscheiden hat.¹¹⁶⁾

(2) Eigene Aufzeichnungen der Wahrnehmungspersonen

Im vorliegenden thematischen Zusammenhang von Interesse sind die eigenen schriftlichen Aufzeichnungen einer Wahrnehmungsperson (Skizzen, Berichte, Briefe, Tagebücher¹¹⁷⁾), die - ähnlich wie die von amtlicher Hand aufgenommenen

114) BGHSt 22, 268 ff

115) Gebräuchlich ist auch der Begriff "Hilfsgutachter"

116) Dieser theoretische Ansatzpunkt hat zwar allgemein Zustimmung gefunden. Seine praktische Anwendung und Tragfähigkeit in jedem Einzelfall bringt aber erhebliche Probleme mit sich. - Vgl. vertiefend hierzu Hanack, Persönliche Gutachterpflicht NJW 1961, 2041 (2043); Sarstedt, Auswahl und Leitung NJW 1968, 177 (180); Dahs, Handbuch S. 299; Eb.Schmidt § 261... JZ 1970, 337 (343); Geppert aaO S. 256 f.

117) Die besondere Problematik der prozessualen Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen soll hier nicht erörtert werden, weil die Kriterien für ihre Zulässigkeit als Beweismittel eher aus dem Bereich der grundrechtlichen Abwägung von Persönlichkeitsrecht und Aufklärungsinteresse stammen, als aus dem Bereich der Unmittelbarkeit. - Im einzelnen vgl. BGHSt 19, 325 ff: Soweit aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes ein Verwertungsverbot eingreift, darf über den Inhalt der Tagebücher auch nicht durch Vermittlung anderer Beweismedien Beweis erhoben werden (BGHSt 19, 334).

Protokolle¹¹⁸⁾ - die direkte Vernehmung des Verfassers vor Gericht ersetzen sollen.

Die Verlesung solcher Schriftstücke an Stelle von Zeugenaussagen ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§ 250 Satz 2) unzulässig. Auch wenn diese Aufzeichnungen nach den Regeln des Urkundenbeweises theoretisch jederzeit verlesbar wären, so hat dies doch nach dem Grundsatz des Vorranges des Zeugenbeweises vor dem Urkundenbeweis zu unterbleiben, solange der Verfasser als unmittelbarer Wahrnehmungszeuge zur Verfügung steht. Das ergibt sich deutlich aus § 250 Satz 2 ("die Vernehmung darf nicht durch die Verlesung ... einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden") und aus § 251 II (Verlesung nur, soweit ein Zeugenbeweis unmöglich ist).¹¹⁹⁾ Insoweit verbindet sich beim Zeugenbeweis der formelle Gesichtspunkt der Unmittelbarkeit mit dem materiellen der Beweisthema-Nähe.

Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, daß zwar der Verfasser der schriftlichen Aufzeichnungen persönlich zu vernehmen ist, daß aber der ergänzenden Verlesung seiner Aufzeichnungen zu Beweis Zwecken nichts entgegensteht.¹²⁰⁾ Diese zusätzliche Verlesung¹²¹⁾ kann den Zweck haben, die Glaubwürdigkeit des Zeugen¹²²⁾ anhand seiner eigenen Aufzeichnungen beurteilen zu können, sie kann aber auch der Feststellung weiterer

118) Dazu näher unten (3); auf die dortigen Ausführungen kann weitgehend verwiesen werden. (S. 147 ff)

119) Vgl. Kleinknecht, StPO § 250 RN 2, § 251 RN 16, 17

120) BGHSt 20, 160 (161 f)

121) Sie ist insoweit - anders als bei amtlichen Protokollen - unbeschränkt zulässig und nicht an die vorherige Ausschöpfung der Vorhaltungsmöglichkeiten gebunden. Vgl. BGH aaO S. 162 gegen Schneidewin, Der Urkundenbeweis JR 1951, 481 (483, 486), der auf schriftliche Aufzeichnungen die wörtlich nur für Protokolle geltende Vorschrift des § 253 anwenden will.

122) Auf diesen Gesichtspunkt will Peters, Anmerkung zu BGHSt 20, 160 in JZ 1965, 650 die Verlesung beschränken. Anders und wie hier Hanack, Rechtsprechung JZ 1972, 202 (203 f).

sachlicher Gesichtspunkte dienen.

Die Verwertung schriftlicher Aufzeichnungen¹²³⁾ setzt allerdings voraus, daß im Rahmen der Beweiswürdigung die Urheberschaft des Zeugen geklärt ist. Ferner ist es für den Beweiswert entscheidend, ob die Aufzeichnung unbeeinflusst von dritter Seite und zu welchem Zweck sie gemacht wurde.¹²⁴⁾ Soweit allgemein verlangt wird, die Urkunde müsse zu Beweis Zwecken hergestellt sein¹²⁵⁾, so wird dieser Begriff offenbar weit verstanden, denn es soll nicht darauf ankommen, ob von vornherein eine Beziehung zu dem Strafverfahren bestand, mit- hin sind auch die berichtenden Zufallsurkunden erfaßt.¹²⁶⁾

Die ergänzende Verlesung von schriftlichen Aufzeichnungen wird in diesem Rahmen vor allem deshalb - anders als bei Protokollen - für zulässig erachtet, weil die anerkannten Mängel einer ausschließlichen Verlesung (der fehlende persönliche Eindruck von der Wahrnehmungsperson, keine Möglichkeit zu Zusatzfragen) durch die gleichzeitige persönliche Vernehmung des Urhebers fortfallen, während dies etwa bei amtlichen Protokollen nicht der Fall ist. Die Vernehmung des protokollierenden Beamten führt nicht darüber hinweg, daß er die Aussagen der Wahrnehmungsperson in eigene Worte gekleidet und somit möglicherweise entstellt hat. Demgegenüber werden die schriftlichen Aufzeichnungen des Wahrnehmungszeugen in Verbindung mit seiner persönlichen Aussage ein viel authentischeres Bild ergeben, zumal der Verfasser einem

123) Dazu gehören auch die schriftlichen Ausführungen des Sachverständigen. Der Vorrang der persönlichen Vernehmung ist durch § 256 für einen Teilbereich aufgegeben worden: Zeugnisse und Gutachten öffentlicher Behörden, gerichtsärztlicher Dienste (z.B. Blutalkohol), ärztliche Atteste über leichte Körperverletzungen und Routinegutachten über Blutalkohol, Blutgruppe und Fahr- tenschreiber-Auswertungen können ohne persönliche Ein- vernahme des Verfassers verlesen werden.

124) Vgl. Geppert aaO S. 172 f

125) BGHSt 20, 161 mwN

126) So richtig Geppert aaO S. 201

vernehmungspsychologischen Druck nicht ausgesetzt sein wird.¹²⁷⁾

(3) Amtliche Protokolle

Als Ersatz für die persönliche Vernehmung einer Aussageperson kommen die vor der Hauptverhandlung aufgenommenen polizeilichen, verwaltungsbehördlichen, staatsanwaltschaftlichen oder richterlichen Protokolle in Betracht.¹²⁸⁾ Da diese Protokolle die Beweisfunktion der persönlichen Aussagen übernehmen, also Beweis für die Richtigkeit der protokollierten Wahrnehmung erbringen sollen, wären sie vom Standpunkt der materiellen Unmittelbarkeit her nur dann unbedenklich, wenn sie in ihrer Beweisqualität nicht wesentlich hinter den persönlichen Aussagen zurückbleiben. Von immer denkbaren Ausnahmen abgesehen, kann dies gerade nicht gesagt werden.

Einer der Haupteinwände gegen die Protokolle zielt auf die Tatsache, daß in aller Regel die von dem Zeugen in seinen eigenen Worten gegebene Schilderung von dem Beamten sprachlich umgestaltet wird, so daß der Protokollinhalt nur in den seltensten Fällen als genaues Abbild der Zeugenaussage angesehen werden kann.¹²⁹⁾ Zwar wird man der rechtsstaatlichen Zielsetzung des Strafverfahrens die immanente - ungeschriebene - Verpflichtung zur präzisen und inhaltsgetreuen Protokollierung entnehmen dürfen, die praktische Ausgestaltung dieses Grundsatzes ist aber dem Vernehmenden und dem Protokollbeamten nach pflichtgemäßem Ermessen überlassen. Nicht selten wird man die Erfahrung machen können, daß der Vernehmende einer sprachlich ungewandten oder eigenwilligen

127) Diese Wertung kann sich im Einzelfall bestätigen oder nicht: In BGHSt 20, 160 lag es so, daß das kindliche Opfer eines Sexualdelikts auf Veranlassung einer Heimleiterin eine Tatschilderung niedergeschrieben hatte. Daß der Beweiswert einer solchen Erklärung u.U. geringer ist, als der einer berichtenden Zufallsurkunde, deutet der BGH nur vage an, während dies bei Geppert aaO deutlich ausgesprochen wird.

128) Sie müssen nicht notwendigerweise aus demselben Verfahren stammen; vgl. Löwe-Rosenberg § 250 RN 4.

129) Schneider, Protokollierungstechnik MDR 1965, 715

Person gegenübersteht, deren Aussagen in einer sprachlich "geglätteten" Form in das Protokoll aufgenommen werden, die unter Umständen die Nuancen oder den Bestimmtheitsgrad der Originalaussage verschüttet.¹³⁰⁾

Neben dem sprachlichen Moment kann die Art der Fragestellung oder das Bemühen, die Aussage schon rechtlich zu "ordnen", die inhaltliche Qualität der Niederschrift beeinflussen, wobei letzteres besondere Beachtung bei Ermittlungsprotokollen verdient.¹³¹⁾ Diese enthalten oft über die eigentliche Tatsachenaufnahme hinaus schon Ansätze zu einer rechtlichen Vorwürdigung des Sachverhaltes, die mit der dem erkennenden Richter vorbehaltenen Beweismittelwürdigung kollidieren kann. In diesem Bereich, in dem die Glaubwürdigkeit des Zeugen und die Richtigkeit seiner Beobachtung zu beurteilen ist, stehen dem Richter nur die aus dem Protokoll ersichtlichen persönlichen Daten des Zeugen, sowie eventuelle Angaben über dessen Beziehung zu dem Täter und dem wahrgenommenen Vorgang zur Verfügung. Hingegen fehlt der persönliche Eindruck. Auch wird es nur selten der Fall sein, daß die protokollierte Aussage der Wahrnehmungsperson bei dem Richter keine Fragen offenläßt. Das Protokoll allein würde also der richterlichen Aufklärungstätigkeit durch die fehlende Möglichkeit von Ergänzungs- und Abgrenzungsfragen Grenzen setzen, die dieses Beweismittel gegenüber der unmittelbar persönlichen Aussage im Wert herabsetzt.

Die im direkten Qualitätsvergleich gewonnenen Erkenntnisse zugunsten der unmittelbaren Vernehmung der Wahrnehmungsperson

130) Diese Nachteile im "Feststellungsbereich" werden abzuwägen sein gegen die unbestreitbaren Vorzüge eines frühzeitig aufgenommenen Protokolls, das (vgl. § 163) immer auch der Beweissicherung dient. Die Aussageperson hat in der Regel bei der ersten Vernehmung noch einen frischeren Eindruck wiederzugeben, als in einer oft erst Monate oder Jahre später stattfindenden Hauptverhandlung. Vgl. Geppert aaO S. 172 f.

131) Hierzu auch Geppert aaO S. 171: Die Wahrheitsgarantie der Ermittlungsprotokolle sei begrenzt durch den Ermittlungszweck, der lediglich zur Bejahung eines dringenden Tatverdachts führen solle (§ 170 I), während in der Hauptverhandlung allein die volle Überzeugung des Richters zähle.

liegen dem Verbot der ersatzweisen Verlesung von berichtenden¹³²⁾ Protokollen in § 250 Satz 2 zugrunde.¹³³⁾ Danach gilt, daß die mögliche Vernehmung eines Wahrnehmungszeugen nicht durch die Verlesung oder sonstige Verwertung seiner in einem früheren Verfahrenstadium protokollierten Erklärungen ersetzt werden darf¹³⁴⁾, selbst wenn der geladene Zeuge in der Verhandlung ausgeblieben ist. Die echten und scheinbaren Ausnahmen von diesem Grundsatz (§§ 251, 253, 254, 256)¹³⁵⁾ deuten zugleich darauf hin, was bereits aus der Betonung des Wortes "möglich" folgt: Die zusätzliche Benutzung der Protokolle neben der persönlichen Aussage des Wahrnehmungszeugen ist stets zulässig, soweit sie sich in den gesetzlich geregelten Formen (§§ 253, 254) vollzieht und nicht zu einer

-
- 132) Den Gegensatz dazu bilden die feststellenden Protokolle, die den Beweis dafür liefern, daß eine bestimmte Erklärung abgegeben ist (z.B. das in einem Protokoll enthaltene Aussagedelikt). Diese Protokolle sind ohne Rücksicht auf § 250 Satz 2 verlesbar; vgl. Löwe-Rosenberg aaO § 250 RN 10; Löhr aaO S. 119; RGSt 33, 35 (36). Diese Praxis ist jedoch nicht unproblematisch, weil die Abgrenzung von berichtenden zu feststellenden Urkunden, die vom Beweiszweck her vorzunehmen ist, sich im Einzelfall schwierig gestaltet; vgl. Alsberg-Nüse, Beweis-antrag S. 304 ff. Die Gerichte können deshalb - bewußt oder unbewußt - der Gefahr unterliegen, daß die Verlesung zum Zwecke der Feststellung, "daß etwas gesagt wurde" angeordnet wird, obwohl in Wirklichkeit der Beweis für die Richtigkeit der protokollierten Darstellung geführt werden soll. So mit Recht kritisch Geppert aaO S. 199 unter Hinweis auf RGSt 33, 128 f.; großzügiger dagegen RGSt 37, 317; in seiner Anmerkung zu BGHSt 20, 160 stellt Peters JZ 1965, 650 klar, daß die zum Zwecke der Feststellung oder Glaubwürdigkeitsprüfung vorgenommene Verlesung dann zu einer unzulässigen Umgehung des § 250 Satz 2 führt, wenn eventuelle im Protokoll enthaltene "ergänzende" Wahrnehmungen des Zeugen als Tatsachenbeweise verwertet werden; so auch Eb.Schmidt LK II § 250 RN 4.
- 133) Offenbar hat der Gesetzgeber diesen Gedanken als selbstverständlich vorausgesetzt, denn die Gesetzesmaterialien geben durchweg keine ausdrückliche Begründung für die Einführung des Verlesungsverbots; vgl. Geppert aaO S. 106 ff., 109 ff.
- 134) Einhellige Meinung, vgl. statt aller Löwe-Rosenberg aaO § 250 RN 12.
- 135) Vgl. dazu unten b 3 aa (S. 179 ff.)

Umgehung des grundsätzlichen Verlesungsverbotes führt.¹³⁶⁾

(4) Tonbandaufnahmen

Bei der Behandlung der Tonaufnahmen als Beweismittel im Strafprozeß sind zunächst zwei vielbeschriebene Problemkreise¹³⁷⁾ auszuscheiden, die mit den Fragen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes nichts zu tun haben: Zum einen die Probleme des Persönlichkeitsschutzes bei heimlichen Aufnahmen¹³⁸⁾, zum anderen die Bedenken gegen die Fälschungssicherheit von Tonbändern, sowie die Identitätsprobleme.¹³⁹⁾

Als Surrogat der persönlichen Aussage hat das Tonband zunächst den bestechenden Vorteil, daß es dem Original hinsichtlich Genauigkeit und Worttreue von allen Surrogaten am nächsten kommt. Das Tonband gibt sachliche Aussage, Tonfall und Sprechweise des Zeugen so exakt wieder¹⁴⁰⁾, daß das Gericht einen nahezu wirklichkeitsgetreuen Eindruck von der Originalaussage erhält, weil der vernehmende Beamte als Vermittlungsstation entfällt. Damit ergeben sich gegenüber dem üblichen Protokoll ganz erhebliche Vorteile, während als Nachteil verbleibt, daß auch diese Reproduktion keine Vorhalte und Ergänzungsfragen an den Zeugen zuläßt; auch fehlt natürlich der unmittelbare optische Eindruck von dem Zeugen.¹⁴¹⁾

136) Diese Einschränkung wird häufig übersehen, wenn die generelle Zulässigkeit der zusätzlichen Protokollverlesung betont wird. Vgl. etwa Löwe-Rosenberg aaO § 250 RN 16; BGHSt 1, 5; 20, 160; wie hier Löhr aaO S. 218; Peters aaO JZ 1970, 650; siehe auch oben FN 132.

137) Allgemein ist auf die rechtsvergleichende Arbeit von Mönkehaus, Tonband, zu verweisen.

138) Grundsätzlich gilt, daß eine Tonaufnahme nur dann zulässiges Beweismittel sein kann, wenn sie im Einverständnis mit der Aussageperson angefertigt wurde; vgl. statt aller BGHSt 14, 358 ff.

139) Vgl. Mönkehaus, Tonband S. 22 ff, 50 ff; Eb.Schmidt, Tonbandaufnahmen FSchr.f.Jellinek S. 625 ff; auf die Behebbarkeit dieser Probleme bei dem heutigen Stand der Technik - allerdings unter erheblichem Aufwand, der im Justizwesen kaum durchsetzbar sein wird - weist Geppert aaO S. 175 hin.

140) Hier ist nur die Rede von solchen Aufnahmen, bei denen die Aussageperson selbst ins Mikrofon formuliert, und die zugleich die Fragen des Beamten wiedergeben.

141) Vgl. Geppert aaO S. 179

Die prozessuale Zulässigkeit von Tonbändern als Beweismittel entscheidet sich allein von ihrem Beweis- und Erkenntniswert her, ohne daß es vorrangig darauf ankäme, ob das Tonband als Beweismittel gesetzlich geregelt ist. Das ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz der umfassenden amtlichen Aufklärungspflicht, §§ 244 II, 155 II.¹⁴²⁾ Das Tonband ist daher - unabhängig von seiner prozessualen Einordnung¹⁴³⁾ - als Beweismittel für alle Beweisthemen verwertbar.¹⁴⁴⁾ Es unterliegt allerdings nach einhelliger Meinung den gleichen Einschränkungen durch den Unmittelbarkeitsgrundsatz beim Zeugenbeweis wie das Protokoll oder eine sonstige Urkunde, namentlich die §§ 250 ff. sind anwendbar, so daß auf das oben zu (2) und (3) Gesagte verwiesen werden kann.¹⁴⁵⁾ Im Bereich des Zeugenbeweises hat also das Tonband trotz seiner größeren Zuverlässigkeit gegenüber den Protokollen keinesfalls den

142) Vgl. Mönkehaus aaO S. 47 f mwN. Das gerät vor allem bei denjenigen in Vergessenheit, die auf das Tonband die Regeln des Augenscheinsbeweises anwenden wollen, die den Beweis über prozessuale Erklärungen nicht zulassen; vgl. Eb.Schmidt aaO; Henkel, Tonbandaufnahmen JZ 1957, 148 ff.

143) Vorherrschend ist die Einordnung als Augenscheinsobjekt (vgl. oben FN 142), jedoch werden die Regeln des Urkundenbeweises direkt oder analog angewendet; vgl. Kohlhaas, Tonbandaufnahmen DRiZ 1955, 80 ff; ders. Tonbandaufnahmen NJW 1957, 81 ff; Löwe-Rosenberg aaO § 86 RN 29; Kleinknecht aaO § 163 RN 43; BGH bei Dallinger MDR 1956, 145; BGHSt 14, 339 (341); OLG Celle NJW 1965, 1678; vgl. auch Ziegler, Zweckmäßigkeitstendenzen S. 124 ff.

144) BGH bei Dallinger (s.o. RN 143)

145) Vgl. Löwe-Rosenberg aaO RN 30, 31; siehe auch neuerdings BGH NJW 1977, 1545: Im Rahmen der Erörterung der Frage, in welcher Form das Gericht vom Inhalt der Tonbandaufnahme Kenntnis nehmen soll, stellt der BGH fest, die deutsche Rechtsordnung kenne keinen Satz, wonach "dem Beweis zugängliche Tatsachen nur in der Gestalt verwendet werden dürfen, in der sie sich ursprünglich in der Außenwelt manifestieren, und daß jede Transformierung von Beweismitteln unzulässig sei". - Der BGH hat hier speziell die Abschriften von Abhörtonbändern im Auge. Deren Verlesung (Ersetzung des Augenscheinsbeweises durch den Urkundenbeweis) sei ohne weiteres zulässig. Eine Vernehmung der Person, die die Abschrift angefertigt habe, sei unzulässig, da die Übertragung keinen eigenständigen Erkenntnisvorgang enthalte. - Die Verwertung von Protokollbändern allerdings wird ausdrücklich unter den Vorbehalt des § 250 gestellt.

prozessualen Vorzug weitergehender Zulässigkeit für sich. Damit bestätigt sich erneut die Erkenntnis, daß nach deutschem Beweisrecht die Zuverlässigkeit eines Beweismittels weder in positiver noch in negativer Hinsicht für seine prozessuale Zulässigkeit präjudizierend ist.

bb) Schweizerisches Recht

Auch dem schweizerischen Strafprozeß sind die Probleme um die Vermittlung bzw. Ersetzung persönlicher (Original-) Beweismittel nicht unbekannt. Allerdings wirkt es sich in diesem Zusammenhang nicht aus, daß es in weiten Teilen der Schweiz¹⁴⁶⁾ neben dem Zeugen und dem Sachverständigen noch ein drittes persönliches Beweismittel, die Auskunftsperson¹⁴⁷⁾ gibt. Wir behalten im folgenden den im deutschen Recht weiteren Begriff "Zeugen" bei, womit immer zugleich auch die Auskunftsperson gemeint ist. Überhaupt werden wir uns - wie bereits im deutschen Recht - im wesentlichen mit dem praktisch wichtigen Zeugen und weniger mit dem Sachverständigen befassen.

Es wurde bereits an anderer Stelle angedeutet¹⁴⁸⁾, daß das vorherrschende "zweckmäßige" System der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, das in der Praxis zu einer weitgehend durch den Akteninhalt bestimmten Hauptverhandlung führt, zwangsläufig mittelbar im materiellen Sinne sein muß, weil das erkennende Gericht die Wahrnehmungstatsachen nicht aus dem Munde des Originalzeugen selbst, sondern aus den Untersuchungsakten erfährt. Für die betreffenden Rechtsgebiete gilt also ganz allgemein sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht der Grundsatz der Mittelbarkeit der Beweisaufnahme.

Die in der Literatur¹⁴⁹⁾ gleichwohl erhobene Forderung nach einer möglichst tatnahen, unvermittelten Beweisführung geht

146) In AG, GE, GL, LU, SG, SO, TG; geplant in BE und GR.

147) Das sind generell solche Personen, denen ein Zeugnis- und Eidesverweigerungsrecht zusteht. Allgemein zum Institut der Auskunftsperson Lenherr, Auskunftsperson; Hauser, Zeugenbeweis S. 47 ff, dort auch zu der Frage, welchen Wert die prozessuale Trennung von Zeugen und Auskunftsperson hat.

148) Oben I b (S. 121)

149) Vgl. die oben S. 121 ff zitierte Literatur.

schon wie selbstverständlich von dieser von der Prozeßform vorgegebenen Tatsachenvermittlung aus, die dem Gericht die Zeugenwahrnehmungen in aller Regel nicht im Originalzustand liefert. Daß wegen der eingeschränkten Unmittelbarkeit sich die Forderung nach Verwendung von Originalbeweismitteln tendenziell mehr auf das Untersuchungsverfahren¹⁵⁰⁾ als auf die Hauptverhandlung bezieht, bedarf danach keiner weiteren Darstellung.

Im folgenden soll für die verschiedenen Vermittlungsformen persönlicher Beweismittel untersucht werden, inwieweit und aus welchen Gründen die generelle Forderung von Zürcher¹⁵¹⁾ befolgt wird, daß der Richter nämlich eine Rangfolge der Beweismittel zu beachten hat, derzufolge primär die Originalwahrnehmungspersonen und erst subsidiär alle Surrogate verwendet werden dürfen.

(1) Das Zeugnis vom Hörensagen

Die besondere Problematik derjenigen Zeugen, die hinsichtlich eines bestimmten Beweisthemas lediglich fremde Wahrnehmungen wiedergeben können, liegt im Bereich der Beweiszuverlässigkeit. Die vom Prinzip der materiellen Wahrheit herrührende Frage nach der Zulässigkeit auch eines anerkannt unzuverlässigen Beweismittels wird für den Zeugen vom Hörensagen heute nur noch rhetorisch gestellt.¹⁵²⁾ Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung gilt dieser Zeuge in der Literatur als zulässiges Beweismittel.¹⁵³⁾ Es wird sogar

-
- 150) In nahezu allen schweizerischen Strafprozeßordnungen sind die wichtigsten Fragen des Beweisrechts ohnehin im Zusammenhang mit der Voruntersuchung geregelt.
- 151) Unmittelbarkeit S. 46; ihm folgend E.Meier, Verfahrensgrundsätze S. 85.
- 152) Etwa Hauser, Zeugenbeweis S. 60
- 153) Hauser aaO S. 61 FN 31; Pfenninger, Probleme S. 167; Neumann, Grenzen der Zeugnispflicht S. 32 FN 35; E.Meier aaO S. 84 ff; die zürcherische Rechtsprechung geht ohne Begründung von der Zulässigkeit des Zeugen vom Hörensagen aus: Schwurgerichtshof Zürich, Urteil v. 8.11.1956, ZR 57 Nr. 13; Kassationsgericht Zürich, Urteil v. 23.1.1950, ZR 49 Nr. 156.

die Ansicht vertreten (Pfenninger), vom Grundsatz der Unmittelbarkeit her sei der Zeuge vom Hörensagen bedenkenfrei, da er lediglich Beweis für das Hörensagen als solches erbringe.¹⁵⁴⁾ Demgegenüber stehen die meisten anderen Stimmen auf dem Standpunkt, der Zeuge vom Hörensagen sei durchaus ein Widerspruch zur materiellen Unmittelbarkeit, weil er den Richter - anders als der Originalzeuge - gerade nicht in die denkbar innigste Beziehung zum Beweisthema setze.¹⁵⁵⁾

Für die Zulässigkeit des Zeugen vom Hörensagen werden in erster Linie die Bedürfnisse der Praxis ins Feld geführt, die im Interesse der Wahrheitsermittlung auf keine - auch noch so unzuverlässige - Beweismethode verzichten könne.¹⁵⁶⁾

Damit sind auch die beiden Prozeßmaximen genannt, denen das Problem des Hörensagenbeweises nach Ansicht der jüngsten Äußerung hierzu¹⁵⁷⁾ richtigerweise zuzuordnen sind: Untersuchungsmaxime und Grundsatz freier Beweiswürdigung.¹⁵⁸⁾

154) Dieser Hinweis Pfenningers auf den Hörensagenbeweis als "Indiz" ist bislang ohne Widerspruch geblieben. Zur Kritik dieser Konstruktion vgl. oben S. 132.

Die Formulierung Pfenningers ist mißverständlich, weil sie nahelegt, daß sich die Würdigung nur auf die - uninteressante - Tatsache des Gehörthabens, nicht aber auf die Wahrheit des Gehörten erstrecken dürfe. Das aber kann nicht gemeint sein, wenn Pfenninger von der mehrheitlichen Anerkennung des Zeugen vom Hörensagen spricht. Wie Pfenninger sogar neuerdings Studer, Anonyme Gewährsperson S. 120 FN 11.

155) Vgl. Krauer, Gestaltungsprinzipien S. 51; Zürcher, Unmittelbarkeit S. 96; E.Meier aaO S. 84 f.

156) Vgl. etwa Hauser aaO S. 61

157) Studer, Anonyme Gewährsperson (1975) speziell S. 113 ff, 123 ff.

158) Den Unmittelbarkeitsgrundsatz hält Studer aaO S. 120 f nicht für einschlägig. Bezugnehmend auf die zürcher und die Bundes-StPO sieht er im Unmittelbarkeitsgrundsatz lediglich ein "Verlesungsverbot bzw. Mündlichkeitsgebot, sowie die Forderung nach unmittelbarer Wahrnehmung der Beweismittel durch das Gericht" verwirklicht. - Dieses (vorwiegend formelle) Unmittelbarkeitsverständnis orientiert sich sehr an den Untersuchungen von Löhr, Unmittelbarkeit, und referiert die auch in Deutschland herrschende Meinung, daß vom Ergebnis her ein etwaiges gesetzliches Verlesungsverbot nichts über die Zulässigkeit des Zeugnisses vom Hörensagen aussagen könne. Studer versucht (aaO S. 121) dafür die eigene Begründung Forts. S. 155

Aus dem ersteren folgert Studer, daß der Richter seine Ermittlungen auf alle denkbaren Beweismittel zu erstrecken habe, soweit sie nicht gesetzlich verboten seien.¹⁵⁹⁾ Nach diesem Kriterium erweist sich der Zeuge vom Hörensagen als ein nach allen schweizerischen Prozeßordnungen zulässiges Beweismittel¹⁶⁰⁾: Ein ausdrückliches Verbot des Zeugen vom Hörensagen findet sich nirgends, vielmehr gibt es eine Reihe von Vorschriften, die betonen, der Zeuge müsse alles sagen, was ihm über den Fall bekannt sei (AR 63 Absatz 1; BE 144, Absatz 3; FR 21 Ziffer 1; ZG 27 Absatz 1). Allerdings gibt es auch zwei interessante Formulierungen, die den Schluß nahelegen, Zeugen könnten nur Originalwahrnehmungspersonen sein: In Nidwalden heißt es (73 Absatz 3), der Zeuge sei über seine eigenen Wahrnehmungen zur Sache zu befragen; in Thurgau (102 Absatz 1) ist der Zeuge gehalten, seine eigenen Wahrnehmungen vorzubringen. Trotz dieser engen Formulierungen gibt es aber keine Anhaltspunkte dafür, daß in diesen beiden Kantonen der Zeuge vom Hörensagen als unzulässiges Beweismittel behandelt wird.¹⁶¹⁾ Während der Ermittlungsgrundsatz mehrheitlich für die grundsätzliche Zulässigkeit des Zeugen vom Hörensagen herangezogen wird, wollen ihm nur wenige auch Kriterien für die Grenzen der Verwendbarkeit dieses Beweismittels entnehmen. So beantwortet Studer¹⁶²⁾ die Frage, ob

Forts.FN 158: zu geben, das Verlesungsverbot regele gar nicht die Frage unmittelbarer oder mittelbarer Beweisführung, weil auch das verlesene Zeugenprotokoll "unmittelbarer Beweis" sei. - Insoweit geht Studer von einem sehr engen Begriff des mittelbaren Beweises aus, indem er nämlich darunter lediglich den indiziellen Beweis versteht. Er verkennt dabei, daß das verlesene Zeugenprotokoll zwar unmittelbaren Beweis erbringt, gleichwohl aber ein "mittelbares", weil im Verhältnis zur mündlichen Zeugenaussage beweisthematischeres, Beweismittel im Sinne eines materiellen Unmittelbarkeitsverständnisses ist.

- 159) S. 113; Hauser, Anonyme Gewährspersonen ZStrR 82,306 (311)
- 160) Vgl. auch Hauser, Zeugenbeweis S. 61
- 161) Das wäre auch nach Ansicht von Studer aaO S. 126 mit Art. 249 BStPO unvereinbar.
- 162) AaO S. 114 (speziell für das Bundes- und für das zürcher Recht)

sich der Richter mit dem Zeugen vom Hörensagen zufrieden geben dürfe, dahin, das dürfe er nur bei Unerreichbarkeit des Originalzeugen.¹⁶³⁾ Ähnlich äußert sich auch E.Meier.¹⁶⁴⁾ Danach seien die Behörden von Amts wegen verpflichtet, sich nach Originalbeweismitteln umzusehen und diese nach Möglichkeit heranzuziehen.¹⁶⁵⁾

Aus dem anderen Grundsatz, dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, werden wesentlich mehr Anhaltspunkte für die prozessuale Behandlung des Zeugen vom Hörensagen gewonnen. Danach nötigt der allgemein anerkannte Erfahrungssatz von der generell minderen Beweisqualität des Zeugnisses vom Hörensagen¹⁶⁶⁾ zur Zuhilfenahme weiterer Beweise, weil der Hörensagenbeweis allein kaum jeweils ausreiche.¹⁶⁷⁾ Das Bewußtsein von dem allgemein geringeren Beweiswert des Zeugnisses vom Hörensagen wird darüber hinaus durch warnende Hinweise im Gesetz geschärft: Mit wechselnder Formulierung weit verbreitet ist eine Vorschrift, wonach der Vernehmende beim Verhör und bei der Protokollierung zu beachten habe, daß der

163) Das ist (einzigartig für das schweizerische Rechtsgebiet) in § 206 Satz 3 ZHStPO mit Geltung für das Geschworenengerichtsverfahren ausdrücklich ausgesprochen: Zeugen vom Hörensagen werden nur vorgeladen, wenn die Originalzeugen "nicht zur Stelle" sind oder sich nicht mehr erinnern.

164) AaO S. 85 (Aargau)

165) Ebenso Zürcher, Unmittelbarkeit S. 97 (Bern)

166) Studer aaO S. 125, 129; E.Meier aaO S. 84; sehr deutlich insoweit Krauer, Gestaltungsprinzipien S. 51 (unter Hinweis auf die Lehren v.Kries); skeptisch auch Waiblinger, Strafverfahren Art.144 Anm.2 (Bern, der den Zeugen vom Hörensagen als "selten unparteiisch" und stets durch "das Gerede" beeinflusst bezeichnet). - Offenbar meint er nicht den direkten Gesprächspartner des Wahrnehmungszeugen.

167) Hauser, Zeugenbeweis S. 62; noch weiter geht Krauer aaO, der den Hörensagenbeweis nur als Indiz für die Existenz des Originalbeweises bzw. als Hilfsmittel zur Würdigung desselben zulassen will und im übrigen jegliche Ersetzung des Originalbeweises durch Hörensagenbeweis ablehnt.

Zeuge genau unterscheide zwischen eigenen Wahrnehmungen und Hörensagen.¹⁶⁸⁾ Eine vergleichbare Funktion dürfte die Bestimmung haben, wonach der Zeuge anzuhalten sei, den Grund seines Wissens anzugeben.¹⁶⁹⁾

Insgesamt gesehen gilt also auch in der Schweiz der Satz, daß die Unzuverlässigkeit eines Beweismittels a priori nichts über seine prozessuale Zulässigkeit aussagt, daß also auch von einer verbindlichen Nachrangigkeit des Hörensagenbeweises gegenüber dem Beweis durch Originalzeugen nicht gesprochen werden kann. Aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung jedenfalls, der bundesweit gilt, ergibt sich nicht, daß das Zeugnis vom Hörensagen nur verwertet werden dürfe, wenn eine Beweisführung mit Originalzeugen nicht möglich sei.¹⁷⁰⁾ Diese Möglichkeit, daß der mittelbare Hörensagenbeweis den unmittelbaren Zeugenbeweis ersetzen kann, wird freilich beschränkt auf die Fälle, die sich durch die im Einzelfall größere Zuverlässigkeit des Hörensagenzeugen gegenüber dem Wahrnehmungszeugen auszeichnen:

-
- 168) AG 100 II 2; BS 20 IV; OW 42 IV; SG 70 III; SH 132 I 3; TG 105 I; TI 84; UR 31 II; VA 93 I; BUND 85 I; MStGO 85 I. - Zustimmend zu solchen Warnungen, die im übrigen aber die grundsätzliche Zulässigkeit des Hörensagenbeweises bestätigen, Studer aaO S. 126; Hauser, Zeugenbeweis S. 61 FN 32; Pfenninger, Probleme S. 167 FN 10; Suter, Stellung des Zeugen S. 117.
- 169) GL 81 I 2; ZH 143 Satz 2; MStGO 91 III; die Bedeutung dieser Frage betont Huth, Beweisaufnahme ZStrR 60, 407 (432). Hauser, Zeugenbeweis S. 289 warnt davor, daß Zeugen oft das was ihnen zugetragen wurde, in ihrer unkritischen Art für richtig halten und so wiedergeben, als wenn es auf eigenen Feststellungen beruhte. Ähnliche Erwägungen dürften dem § 69 II der deutschen StPO zugrunde liegen (dazu oben S. 134)
- 170) So auch das zusammenfassende Urteil von Studer aaO S. 128, der jedoch eindringlich davor warnt, einen Schuldspruch auf ein Zeugnis vom Hörensagen zu stützen (unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Erfordernis der Nachvollziehbarkeit der Beweiswürdigung, BGE 96 I 144; 97 I 219 f; 98 Ia 254, die allerdings zum Spezialfall des Hörensagenbeweises, dem "V-Mann-Beweis" ergangen ist. Ebenso die Äußerung von Hauser, Anonyme Gewährspersonen ZStrR 82, 306 (312)).

Die Konstellation etwa, daß in einem Sittlichkeitsprozeß das Zeugnis der Mutter des sexuell geschädigten Kindes bevorzugt wird, weil das Kind keine genauen Angaben mehr machen kann.¹⁷¹⁾

Der Spezialfall des Hörensagenbeweises durch Vernehmung eines Beamten, der die Aussagen des Zeugen oder Angeklagten im Untersuchungsverfahren zu Protokoll genommen hat (Verhörsperson), tritt - gemessen an seiner Behandlung in Literatur und Rechtsprechung - in seiner Bedeutung deutlich hinter den mittelbaren Zeugenbeweis durch Protokollverlesung¹⁷²⁾ zurück. Nach wohl überwiegendem Rechtsverständnis gilt das Zeugnis der Verhörsperson als normaler Hörensagenbeweis und folgt den hierzu aufgezeigten Regeln.¹⁷³⁾ Die nicht eben reichhaltige neuere Literatur entwickelt lediglich für zwei Sonderfälle einschränkende Kriterien: Einerseits für das Problem der anonymen Gewährsperson¹⁷⁴⁾ und andererseits für das Problem der Einvernahme eines Beamten über die Aussage eines Zeugen, der in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht.¹⁷⁵⁾

- 171) So Hauser, Zeugenbeweis S. 62; Studer aaO S. 127; insoweit wird also der Hörensagenbeweis bevorzugt, wenn er im Einzelfall der qualitativ beste Beweis ist. Zur besonderen Problematik dieser Fallgruppe vgl. Stamm, Das sexuell geschädigte Kind S. 72; Hauser, Die prozesuale Stellung SJZ 1963, S. 209, 233.
- 172) Dazu unten (3)
- 173) Vgl. Hauser, Zeugenbeweis S. 61 f, 76: Die grundsätzliche Zulässigkeit des Hörensagenbeweises schließt den Beweis durch Verhörspersonen ein; allerdings sei das Gericht gehalten, etwa den Untersuchungsrichter als Zeugen nur subsidiär zuzulassen und sich die für das Beweisthema erforderlichen Erkenntnisse von dem unmittelbar unterrichteten Zeugen zu verschaffen.
- 174) Vgl. Studer aaO S. 120; die "V-Mann"-Problematik wird als Randproblem der Unmittelbarkeit im Rahmen dieser Arbeit nicht näher behandelt, da die von Studer für das schweizerische Recht aufgezeigten Lösungsansätze im wesentlichen aus der deutschen Literatur abgeleitet werden.
- 175) Vgl. Hauser aaO S. 250 ff; so auch Neumann, Zeugnispflicht S. 32 f. - Mit Ausnahme von Basel-Stadt (§ 42) sowie der MStGO (vgl. Haefliger aaO Art. 150 Anm. 2) gestatten alle übrigen schweizerischen Strafprozeßordnungen die Verlesung bzw. die Verwertung ausdrücklich (z.B. BE 249 Ziff. 6) oder stillschweigend. Vgl. Einläßlich Hauser aaO, der sich kritisch zu der in Deutschland herrschenden entgegengesetzten Auffassung äußert. Einzelheiten sind hier nicht zu erörtern, da es sich um eine Frage des Rechts der Zeugnisverweigerung handelt.

Soweit ersichtlich hat zuletzt Neumann¹⁷⁶⁾ (1930!) den Hörensagenbeweis durch Vernehmung der Verhörsperson ausdrücklich angesprochen. Er erwähnt die "einreißende Mode", daß die Gerichte oft und gern den Untersuchungsrichter als Zeugen über die Ergebnisse seiner Ermittlungen vernehmen. Hiergegen bezieht Neumann eine deutlich ablehnende Position, indem er diese Beweisvermittlung in allen denkbaren Fällen für unzulässig hält. Wenn der Originalzeuge selbst aussage, sei die Verhörsperson überflüssig; Vorhalte könnten besser und zuverlässiger mit dem Protokoll der früheren Aussage gemacht werden. Bleibe der Originalzeuge aus oder verweigere er zu Unrecht das Zeugnis, so solle man lieber zur Protokollverlesung schreiten, wenn alle Gestellungs- und Zwangsmaßnahmen versagen und die Protokollverlesung nach den gesetzlichen Regeln der Unmittelbarkeit überhaupt zulässig sei.¹⁷⁷⁾ Neumann schöpft seine Bedenken gleichermaßen aus dem Grundsatz der (materiellen) Unmittelbarkeit und aus der Vermutung, daß die Verhörsperson wegen ihrer amtlichen Befassung mit der Sache in einem früheren Stadium desselben Verfahrens, das eine andere Zielrichtung als die Hauptverhandlung habe, nicht mehr unbefangen sei.¹⁷⁸⁾ Andererseits verweist Neumann auf die seiner Ansicht nach unbedenkliche Praxis der zürcherischen Gerichte, in Ehrverletzungssachen den der Instanz vorgeschalteten Friedensrichter¹⁷⁹⁾ als Zeugen zu vernehmen.¹⁸⁰⁾ Der Verhörsperson als Zeugen will Neumann nur insoweit Bedeutung zuerkennen, als es um die Erforschung der Begleitumstände der früheren Vernehmung geht.¹⁸¹⁾ Eine ähnliche Auffassung vertritt Zürcher (Unmittelbarkeit S. 106/107) für das berner Strafverfahren. Er will die Ersetzung des Originalbeweismittels durch die Verhörsperson, bzw. die Umgehung des

176) Grenzen der Zeugnispflicht S. 30 ff.

177) Dazu unten (3)

178) Das läßt sich allerdings nur zwischen den Zeilen lesen. Das von Peters formulierte Rollenproblem wird ausdrücklich nicht angesprochen; vgl. dazu oben S. 142.

179) Vgl. § 309 ZH StPO

180) Vgl. auch Obergericht Zürich Rechenschaftsbericht 1888 S. 27

181) Insoweit handelt es sich schon begrifflich nicht mehr um einen Hörensagenbeweis.

Protokollverlesungsverbot nicht grundsätzlich ausschliessen, weil insoweit ein ausdrückliches Verbot fehle. Allerdings möchte er die Vernehmung der Verhörsperson auf Nebensätze und Indizien beschränkt wissen.

Der "Sachverständige vom Hörensagen" als Problem des mittelbaren Zeugenbeweises taucht in der schweizerischen Literatur nicht auf. Immerhin lassen sich für diejenigen Tatsachen, die der Sachverständige von selber nicht sachkundigen Personen erfährt¹⁸²⁾ und die er seinem Gutachten zugrunde legt, zwei durchaus gegensätzliche Tendenzen feststellen:

- In seinem Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts¹⁸³⁾ vertritt Hauser die Ansicht, im Bereich der Zusatzsachen¹⁸⁴⁾ seien der Verwertung des Gutachtens sehr enge Grenzen gesetzt. Neue bzw. nicht fachspezifische Erkenntnisse des Sachverständigen dürften nur auf dem Wege des gerichtlichen Beweisverfahrens in den Prozeß eingeführt werden.¹⁸⁵⁾ Ähnlich äußert sich Waiblinger in seinem Kommentar zum bernischen Strafverfahren.¹⁸⁶⁾ Er befürwortet grundsätzlich keine eigenen Beweiserhebungen des Sachverständigen, läßt ihn aber an solchen des Gerichts teilnehmen.¹⁸⁷⁾

182) Zu den Mitteilungen ihrerseits sachkundiger Personen siehe unten FN 185.

183) S. 161

184) Solche, die auch das Gericht mit seinen Erkenntnismöglichkeiten feststellen kann.

185) Ebenso Obergericht Zürich ZR 41 Nr. 58: "Auf das Gutachten kann nicht entscheidend abgestellt werden, wenn es sich im wesentlichen auf Auskünfte von Personen an Dritte ... stützt." Diese Tatsachen hätten nicht die Beweiskraft, die ihnen über den regulären Zeugenbeweis zukäme.

186) Art. 150 Anm. 1 S. 236, Anm. 2 und Art. 153 Anm. 2

187) Waiblinger spricht sich auch für eine strenge Sonderung der jeweiligen Fachgebiete aus und verlangt für jedes einen eigenen Gutachter.

- Während diese beiden Autoren im Ergebnis den durch das Sachverständigengutachten eingeführten Hörensagenbeweis ablehnen und die Vernehmung der betreffenden Zeugen verlangen¹⁸⁸⁾, geben sich die Kommentare zum zürcherischen und aargauischen Strafprozeß weniger streng. Der Sachverständige könne durchaus weiteres Material - z.B. durch informatorische Befragungen oder schriftliche Auskünfte Dritter - sammeln und verwerten, sofern sich das Material nur auf die zu begutachtende Person und nicht auf den Sachverhalt beziehe.¹⁸⁹⁾ Zwar solle der Sachverständige nicht als "Privatdetektiv" tätig sein und von sich aus "Zeugen" einvernehmen¹⁹⁰⁾; solche eigenen Erhebungen des Sachverständigen seien aber aus sachlichen Gründen wertvoll, solange dem Gericht die Würdigung der (mittelbaren) Zeugenaussagen vorbehalten bleibe.¹⁹¹⁾ Diese Auffassung läßt also die Verwertung der vom Sachverständigen angeführten Zusatztatsachen mit dem Vorbehalt der Würdigung durch das Gericht zu, ohne daß die aus dem deutschen Recht geläufige Forderung¹⁹²⁾ nach einem "Rollentausch" des Sachverständigen erhoben würde.

(2) Eigene Aufzeichnungen der Wahrnehmungspersonen

Die Verwertung von schriftlichen Aufzeichnungen¹⁹³⁾ oder Zeugenberichten ist nach absolut herrschender Meinung von Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich unzulässig, soweit dadurch das mündliche Zeugnis ersetzt werden soll. Dies wird

188) Ähnlich auch v.Cleric, Psychatrie und Strafrechtspflege SJZ 12, 89.

189) Sträuli, StPO (ZH) § 115 Anm. 2

190) Brühlmeier, Strafverfahren (AG) § 111 Anm. 3

191) Obergericht Aargau AGVE 1951 S. 113 (116); die vom Sachverständigen selbst erhobenen Akten und Unterlagen müssen nach dem Prinzip der "offenen Akten" allen Beteiligten zugänglich gemacht werden, vgl. Obergericht Zürich SJZ 1952, 92.

192) Vgl. oben S. 143.

193) Tagebücher werden offenbar als weitgehend verlesbare Urkunden angesehen. Vgl. v.Hentig, Tagebücher als Berichtsurkunden ZStrR 78, 281 ff.

vor allem aus dem Grundsatz der "Mündlichkeit"¹⁹⁴⁾ geschlossen.¹⁹⁵⁾ Anders als amtlichen Protokollen wird privaten Zeugenbescheinigungen kein Beweiswert beigemessen, es sei denn, es geht um solche Tatsachen, die schriftlich aufgezeichnet zu werden pflegen, weil sie sich für die mündliche Wiedergabe aus sachlichen Gründen schlecht eignen.¹⁹⁶⁾

Das schriftliche Zeugnis von Privatpersonen ist heute nach keiner Strafprozeßordnung¹⁹⁷⁾ mehr ohne Einschränkung zugelassen.¹⁹⁸⁾ Relativ weitgehend sind noch die Regelungen in Aargau und Thurgau, die nicht nur bei Beamten, sondern auch

194) Damit ist de facto auch die formelle Unmittelbarkeit gemeint, denn die Verlesung in der Hauptverhandlung ist ebenfalls ausgeschlossen.

195) Vgl. Hauser, Zeugenbeweis S. 277 ff; Obergericht Zürich ZR 51 Nr. 214.

196) Hauser aaO S. 290; mit der angeführten Einschränkung ist es Zeugen auch nicht gestattet, sich bei der mündlichen Einvernahme schriftlicher Aufzeichnungen zu bedienen.

197) Z.T. großzügiger sind manche Zivilprozeßordnungen, vgl. Hauser aaO S. 278. Dort wo die Strafprozeßordnungen schweigen, können im Einzelfall die entsprechenden zivilprozessualen Grundsätze analog angewendet werden (vgl. Obergericht Zürich ZR 65 Nr. 77). Diese Möglichkeit dürfte jedoch ihre Grenze in dem strafprozessualen Mündlichkeitsgrundsatz finden und auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Diesen Grundsätzen ordnet sich auch die allgemeine Verlesungsmöglichkeit nach dem "pouvoir discrétionnaire" der französischsprachigen Kantone unter (vgl. auch GR).

198) Die frühere Ausnahmebestimmung von SZ 94 (StPO von 1956) besteht nicht mehr. Dazu noch Hauser aaO S. 278. Vgl. aus der Sicht des Kantons Bern, der eine recht ausgeprägte unmittelbare Beweisaufnahme kennt, Krauer, Gestaltungsprinzipien S. 52 (schriftliche Privatzeugnisse allenfalls ergänzend zur mündlichen Vernehmung), sowie Zürcher, Unmittelbarkeit S. 109 (schriftliches Zeugnis nur beim Ausfall eines Zeugen oder ergänzend zum Zwecke der Aufklärung). Zürcher warnt mit Recht vor der Verlesung zur Aufklärung oder Lückenfüllung, weil die Grenze zur echten Beweisaufnahme fließend ist. Auch in Zürich darf auf das schriftliche Zeugnis allenfalls ergänzend zurückgegriffen werden, vgl. Weisung des Obergerichts ZR 50 Nr. 28 S. 46 f; Obergericht ZR 51 Nr. 214; Studer aaO S. 119.

bei Anwälten und Ärzten das schriftliche Zeugnis als "Ersatz für die Zeugeneinvernahme"¹⁹⁹⁾ zulassen.²⁰⁰⁾ Ansonsten gibt es lediglich vereinzelt Vorschriften über die praktisch bedeutsamen amtlichen Auskünfte und Bescheinigungen.²⁰¹⁾ Eine Beschränkung der Verlesungsmöglichkeit auf bestimmte Arten von amtlichen Zeugnissen gibt es im Gegensatz zu § 256 der deutschen StPO nicht. Durchweg besteht die Möglichkeit, daß die amtliche Wahrnehmungsperson zusätzlich persönlich einvernommen wird, wenn ihren Angaben ausschlaggebende Bedeutung zukommt²⁰²⁾, wenn es beantragt wird²⁰³⁾, oder wenn ihre Angaben bestritten sind.²⁰⁴⁾ Die Entscheidung hierüber trifft im Einzelfall das Gericht.²⁰⁵⁾

Unter den das persönliche Zeugnis ersetzenden schriftlichen Aufzeichnungen kommt in der Praxis den amtlichen Leumundszeugnissen eine erhebliche Bedeutung zu, die nicht nur auf einzelne Kantone beschränkt ist. Im Zuge der Untersuchung ist die Einholung eines Leumundszeugnisses (neben dem Strafregisterauszug) über den Angeschuldigten in der Regel obligatorisch. Diese Auskünfte über den Ruf einer Person, ihre sittliche Führung und ihre Wahrheitsliebe dürfen generell

199) So die Gesetzesmarginalie zu § 104 AG und § 104 TG.

200) In beiden Kantonen ist der Zeuge dann persönlich einzuvernehmen, wenn die Aussage von ausschlaggebender Bedeutung oder bestritten ist.

201) AG 104; BL 128 Ziff. 4; BS 168 II d; SZ 48 (beschränkt auf amtliche Berichte über persönliche Wahrnehmungen); TG 104; ZH 138 (beschränkt auf die nicht protokollierten amtlichen Wahrnehmungen), 139 III (Bei Stummen und Tauben). - Vgl. dazu Hauser/Hauser GVG § 94 Anm. 1 III F S. 291; Kassationsgericht Zürich Rechenschaftsbericht 1966 Nr. 40 S. 250 (Auskunft eines Gerichts über eigene Wahrnehmungen).

202) AG 104; BL 128 Ziff. 4; BS 168 II d.

203) SZ 48

204) TG 104

205) Das Militärstrafverfahren (weitgehend unmittelbare Beweisaufnahme) steht dem schriftlichen Zeugnis ablehnend gegenüber, vgl. Scherrer, Prozeßmaximen S. 97, 100. Zugelassen sind allenfalls amtliche Protokolle. Vgl. auch Haefliger, MStGO Art. 153 Anm. 3; EMKG 1, 103.

nicht nur der Untersuchung zugrunde gelegt, sondern auch in der Hauptverhandlung verlesen werden!²⁰⁶⁾ Erstaunlicherweise gilt dies auch für die Verfahren mit unmittelbarer Beweis-
aufnahme und sogar für Schwurgerichtsverfahren.²⁰⁷⁾ Diese
offenbar unangefochtene Praxis, die den Grundsatz der Unmit-
telbarkeit völlig hinter das staatliche Ermittlungsinteresse
zurücktreten läßt, ist - soweit ersichtlich - in der Literatur
lediglich von Genoud einer (scharfen) Kritik unterzogen wor-
den.²⁰⁸⁾ Genoud führt zunächst aus, daß er die Verwendung
von Leumundszeugnissen im Strafprozeß aus politischen,
administrativen und moralischen Gründen für unzulässig und
darüber hinaus für eine Verletzung der Menschenwürde hält.
Wichtiger erscheint ihm, daß diese Praxis einen klaren Verstoß
gegen die Grundsätze der Mündlichkeit und Beweisunmittelbar-
keit darstellt.²⁰⁹⁾ Er setzt sich demzufolge dafür ein, daß
der Leumund einer Aussageperson ausschließlich mit den gesetz-
lich vorgesehenen Mitteln des mündlichen Zeugenbeweises er-
gründet wird.

Dem wäre aus der Sicht des deutschen Strafprozesses nichts
hinzuzufügen.

206) Im deutlichen Gegensatz dazu steht die deutsche Regelung
in § 256, der amtliche Leumundszeugnisse ausdrücklich
von der Verlesbarkeit ausnimmt; vgl. Kleinknecht, StPO
§ 256 RN 11; Krause, Urkundenbeweis S. 170; Ziegler,
Zweckmäßigkeitstendenzen S. 127 ff mit ausführlicher
Übersicht über die Rechtsprechung.

207) Vgl. nur AR 63 II; BL 128 Ziff. 4; BS 168 II d; SH 207.
Comtesse, Verhältnis ZSR 65, 61 a (122 a); Sträuli, StPO
§ 150 Anm. 3 und 4; Waiblinger, Strafverfahren Art. 108
Anm. 1; Zürcher, Unmittelbarkeit S. 109; Weisungen der
Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich Nr. 73 ff. -
Daß es sich hier vom Standpunkt des Unmittelbarkeits-
grundsatzes aus um eine in amtliche Form gekleidete
besonders krasse Art des mittelbaren Zeugnisses handelt,
wird von den genannten Autoren überhaupt nicht wahrgе-
nommen.

208) Genoud, Dossiers administratifs ZStrR 64, 197 ff.

209) S. 199; auch der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist
tangiert.

(3) Amtliche Protokolle

Die Ersetzung des mündlichen Zeugnisses einer Wahrnehmungsperson durch die Verwendung²¹⁰⁾ der in der Untersuchung aufgenommenen Abhörungsprotokolle hat in der schweizerischen Praxis, die ganz überwiegend dem System einer am Zweckmäßigkeitsgedanken orientierten fakultativen Unmittelbarkeit folgt, eine zentrale Bedeutung.²¹¹⁾ Dieses System, dem lediglich die Kantone Basel-Land, Basel-Stadt, Bern²¹²⁾, Freiburg und Schaffhausen und im Prinzip auch die französischsprachigen Kantone und Tessin nicht folgen, bedingt zwangsläufig auch einen im materiellen Sinne mittelbaren Erkenntnisvorgang, weil nicht die dem Beweisthema am nächsten stehende Wahrnehmungsperson selbst, sondern das über ihre Angaben gefertigte amtliche Protokoll der gerichtlichen Erkenntnisbildung zugrunde gelegt wird. Die Gründe hierfür, sowie die auch aus schweizerischer Sicht nicht verkannten Gefahren des durch Protokolle vermittelten Personalbeweises sind bereits an anderer Stelle dargestellt²¹³⁾, darauf kann verwiesen werden.

Die Frage, in welchem Verhältnis die Praxis den Originalbeweis zu dem vermittelten Personalbeweis sieht, ist kaum verbindlich zu beantworten, da die Entscheidung, ob ein Zeuge selbst geladen und gehört wird, oder ob man auf das entsprechende Protokoll abstellt, im Einzelfall vom Gerichtsvorsitzenden getroffen wird. Es können daher an dieser Stelle lediglich Tendenzen aufgezeigt werden.

Die Extreme werden gesetzt durch das nahezu ausschließliche Aktenverfahren vor Strafgericht in Nidwalden, vor dem grundsätzlich keine Beweisverhandlungen stattfinden, sowie durch

-
- 210) In aller Regel durch vorherige Aktenzirkulation, seltener durch Verlesen in der Hauptverhandlung (so z.B. in GR 116; NE 207; SZ 91; TG 168; VA 132 III; ZG 53).
- 211) Vgl. dazu die Untersuchungen über die Urteilsgrundlagen oben Hauptteil A I a 2 bb S. 42 ff.
- 212) Vgl. Obergericht Bern ZBJV 93, 184.
- 213) Oben S. 123 ff; ferner Hauser, Teilnahme der Parteien SJZ 1975, 341 (348), der insoweit eine Verbesserung durch die Ausweitung der parteiöffentlichen kontradiktorischen Voruntersuchung für möglich hält.

das mündlich-unmittelbare Verfahren in den oben genannten Kantonen²¹⁴⁾, das grundsätzlich nur das Originalzeugnis der Wahrnehmungsperson vor Gericht als Beweismittel gelten läßt. Dazwischen liegt der gesamte Bereich der Prozeßordnungen, die die mündliche Einvernahme der Zeugen nach den Kriterien der Erforderlichkeit und Zweckmäßigkeit im Einzelfall zulassen, während der Rückgriff auf die Protokolle zur Regel wird.

Gewisse Abstufungen ergeben sich im Vergleich der kleinen Kantone (beide Appenzell, Nidwalden, Obwalden, Solothurn, Uri und Zug), die die Abhörung des Zeugen nur in Fällen außergewöhnlicher und ausschlaggebender Bedeutung zulassen, mit Zürich, wo ganz formal auf die Entfernung des Zeugen zum Gerichtsort abgestellt wird²¹⁵⁾, mit den französischsprachigen Kantonen Genf, Neuenburg und Waadt²¹⁶⁾, wo die Methode und der Weg der Beweisführung und Wahrheitsfindung nahezu ganz in die Hände des Vorsitzenden gelegt ist, sowie den übrigen Prozeßordnungen, die sich eine mittelbare oder unmittelbare Beweisführung formal offenhalten.

Aufgrund dieses Systems bekommen die amtlichen Protokolle eine zentrale Bedeutung für den Prozeßausgang, ja man darf sie sogar als die Hauptgrundlage des schweizerischen Strafprozesses betrachten.²¹⁷⁾ Die herrschende Praxis sieht allerdings nur die untersuchungsrichterlichen bzw. staatsanwaltschaftlichen Einvernahmeprotokolle als taugliche Urteilsgrundlage²¹⁸⁾ an, womit es ausgeschlossen wäre, daß die

214) BL, BS, BE, FR, SH; ferner in den Schwurgerichtsverfahren

215) Nachdem die Vorentscheidung gefallen ist, daß die persönliche Aussage des Zeugen überhaupt erwogen wird.

216) Es ist bemerkenswert, daß die alte StPO von Waadt v. 3.9.1940 (Art. 320, 375) noch ein weitgehend unmittelbares Verfahren vorsah, indem die Richter zwar die Akten lesen durften, jedoch die Zeugenprotokolle der Untersuchung nicht zur Kenntnis nehmen und nicht verwerten sollten. - Die StPO v. 12.9.1967 hat sich dann dem Modell von Genf angeschlossen, vgl. Art. 333 VStPO.

217) So Hauser, Protokollierung ZStrR 82, 158 (160) mwN.

218) Sofern nicht überhaupt in leichten Straffällen auf ein besonderes Untersuchungsverfahren verzichtet wird; vgl. Töndury, Staatsanwaltschaft (AG) S. 96; Brühlmeier, Strafverfahren (AG) § 2 Anm. 1.

Untersuchungsbehörde sich allein auf polizeiliche Protokolle stützt, so daß diese nicht direkt urteilsbestimmend werden können.²¹⁹⁾ Eine bedeutsame Ausnahme hiervon findet sich in Zürich, wo in Verfahren wegen Übertretungen der Bericht eines Polizeibeamten über eigene Wahrnehmungen für alle Verfahrensstadien vollen Beweis bildet, wenn der Bericht innerhalb von 3 Tagen abgefaßt und an die höhere Dienststelle abgeschickt worden ist (§§ 336, 337 ZHStPO).²²⁰⁾ Dieser Bericht hat bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung der Richtigkeit für sich.²²¹⁾

Ihrer prozeßentscheidenden Bedeutung entsprechend müssen die Protokolle hohen qualitativen Anforderungen genügen.

219) Verglichen mit der deutschen Praxis entspricht dies einer Art vorgeschalteter Unmittelbarkeit, indem die Untersuchungsbehörde, nicht aber das Gericht, zwingend von dem tatnäheren Beweismittel, der Aussageperson selbst, Gebrauch zu machen hat. Vgl. Kantonsgerecht Graubünden PKG 1967 Nr. 55; 1958 Nr. 11; 1955 Nr. 74; Kantonsgerecht St.Gallen GVP 1964 Nr. 31; 1970 Nr. 29. - Die polizeilichen Protokolle erlangen aber eine mittelbare Bedeutung für das Urteil dadurch, daß sie zur Beurteilung und Würdigung untersuchungsrichterlicher Protokolle herangezogen werden dürfen, was seinen Wert bisweilen wegen der u.U. völlig unterschiedlichen Art der Befragung und Niederschrift hat. Durchgängige Übereinstimmungen in allen Protokollen erhöhen die Überzeugungskraft einer Aussage. Die polizeilichen Protokolle bilden wichtiges Vergleichsmaterial, da die erste Darstellung eines Sachverhalts erfahrungsgemäß den Vorzug größerer Zuverlässigkeit gegenüber späteren hat, weil letztere u.U. "mehr Überlegungen als spontane Erlebnisse und Beobachtungen wiedergeben"; vgl. Obergericht Thurgau Rechenschaftsbericht 1967 Nr. 28; Obergericht Zürich ZR 57 Nr. 6 S. 28 (linke Spalte); Versicherungsgericht Obwalden Amtsbericht 1942/58 S. 47.

220) Es handelt sich hier um einen besonderen Fall des amtlichen schriftlichen Zeugnisses. Die Regelung gilt nur für eigene Wahrnehmungen des Beamten, so daß die Fallgruppe des eigentlichen polizeilichen Einvernahmeprotokolls nicht erfaßt ist.

221) Sträuli aaO § 337 Anm. 1; Obergericht Zürich ZR 59 Nr. 84; Kassationsgericht Zürich ZR 59 Nr. 85.

Die Protokolle müssen absolut verlässlich hinsichtlich Objektivität, Lebensnähe und Richtigkeit sein, worauf insbesondere in der Literatur eindringlich hingewiesen wird.²²²⁾ Das Gesamtbild dieser Stellungnahmen enthält alle Schwach- und Gefahrenpunkte einer Beweisführung durch Protokolle, wie sie oben²²³⁾ im Rahmen des deutschen Rechts aufgezeigt wurden.²²⁴⁾ Allerdings vermag man weder den jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen über das Protokoll, noch den neueren Literaturstimmen deutlich zu entnehmen, daß der Protokollqualität gerade mit Rücksicht auf die geübte mittelbare Beweisführung besondere Beachtung geschenkt wird.²²⁵⁾ Allein der schon 1917 verfaßte Aufsatz von v.Cleric²²⁶⁾ knüpft an diesen Zusammenhang an, wenngleich von dem Standpunkt aus, daß er das de facto aktenbestimmte Beweisverfahren (speziell das bezirksgerichtliche Verfahren in Zürich) ablehnt.

222) Vgl. v.Cleric, Protokollierung SJZ 13, 275 f; ders., Unmittelbarkeit SJZ 12, 41 (44); Hauser, Protokollierung ZStrR 82, 158 (185 ff); ders., Zeugenbeweis S. 307 f; Paillard, Le Témoignage S. 143 f; Walder, Einvernahme-technik ZStrR 88, 361 (387 ff).

223) Siehe oben S. 147.

224) Hervorzuheben sind zwei Gewichtungen: Zum einen wird im Rahmen der Garantiefunktion des Protokolls die Stellung des Protokollanten betont, welcher in einigen Kantonen selbständig und nicht weisungsgebunden tätig wird, was als rechtsstaatliches Kontrollmoment verstanden wird; vgl. Hauser, Protokollierung aaO S. 164 f, der im Übrigen bemerkt, daß sich diese Methode in der zürcherischen Praxis nicht durchgesetzt hat. Man darf vermuten, daß diese Methode auch in den anderen Kantonen keine große praktische Bedeutung hat.-- Zum anderen wird empfohlen, von der in einigen Kantonen gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit eines Frage- und Antwortprotokolls verstärkt Gebrauch zu machen, um die Anschaulichkeit der wiedergegebenen Aussage zu erhöhen; vgl. Hauser aaO S. 187; ders., Zeugenbeweis S. 308, sowie dort die Nachweise in Anm. 186.

225) Eine Andeutung dieses Zusammenhangs wird man allenfalls in der gelegentlichen Hervorhebung der Vorzüge des Gebärdensprotokolls sehen können; vgl. etwa Hauser, Protokollierung aaO S. 190. Hauser hält dafür, daß die Umstände der Einvernahme, sowie Habitus, Auftreten und Verhalten der Aussageperson zu den Merkmalen gehören, die dem Richter für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit mitgeteilt werden müssen.

226) Protokollierung SJZ 13, 275 ff.

(4) Tonbandaufnahmen

Die Frage, inwieweit Tonbandaufnahmen zulässig und geeignet sind, die mündlichen Angaben einer Aussageperson vor Gericht zu ersetzen²²⁷⁾, taucht ebenso wie in Deutschland in der Diskussion um das Tonband im Strafverfahren nur am Rande auf und wird verdrängt durch die vielfältigen Probleme der heimlichen Aufnahmen und der Fälschungssicherheit.²²⁸⁾

Allgemein werden Tonbandaufnahmen in zunehmendem Maße von den Gerichten als Beweismittel anerkannt²²⁹⁾, was aber in der Regel bezogen wird auf Aufnahmen mit eigenständigem Erkenntniswert.^{230) 231)} Mit der hier interessierenden Frage hat sich insbesondere Aeppli auseinandergesetzt.²³²⁾ Seiner Ansicht nach ist das Tonbandprotokoll in besonderem Maße geeignet, den Hauptnachteil des Schriftprotokolls auszuschalten, nämlich die sprachliche Umgestaltung des Zeugenwortes durch den protokollierenden Beamten. Der Verlust an Anschaulichkeit macht sich gerade unter schweizer Verhältnissen²³³⁾ bemerkbar, weil die Verhöre in der Regel in Mundart vonstatten gehen,

- 227) Diese Frage kann ohne Schwierigkeiten grundsätzlich verneint werden für die wenigen Prozeßordnungen, die ein unmittelbares Beweisverfahren vorschreiben. Hier sind die gleichen Erwägungen maßgebend, die oben (2) und (3) - S. 144 und 147 sowie oben S. 151 zum deutschen Recht angestellt wurden.
- 228) Vgl. grundlegend Mönkehaus, Tonband S. 156 ff, 197 ff, 250 ff; Pfenninger, Tonband SJZ 1958, 281 ff.
- 229) Ebenso wie in Deutschland gibt es keinen strengen numerus clausus der Beweismittel.
- 230) Also nicht: Berichtende Aufnahmen, um die es hier allein geht.
- 231) Vgl. Obergericht Zürich ZR 57 Nr. 134; Obergericht Aargau AGVE 1973 S. 104 (106).- Die dort enthaltene Bemerkung, Tonbandaufnahmen seien nach dem Grundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens unbedenklich, ist in ihrer Allgemeinheit leider keiner sicheren Interpretation zugänglich.
- 232) Tonbandaufnahmen, Kriminalistik 1954, 173 f; sowie mit den gleichen Ergebnissen später in: Das Tonband im Strafverfahren, ZStrR 74, 217 (219 f).
- 233) Aeppli hat vorwiegend die deutschsprachige Schweiz im Auge.

während das Protokoll in Schriftdeutsch abzufassen ist. Durch das Tonband kann die Situationsgebundenheit einer Aussage für das Gericht erhalten werden, was für die Beweiswürdigung wertvolle Anhaltspunkte ergeben kann. Demgegenüber hält Aeppli die Frage der Fälschungssicherheit lediglich für ein technisches und organisatorisches Problem. Auch sei nicht entscheidend, daß bei der ersatzweisen Verwendung von Protokollaufnahmen keine Zusatz- oder Ergänzungsfragen an den Zeugen gestellt werden können: Notfalls müsse der Zeuge persönlich vor Gericht erscheinen.

Daß das Tonbandprotokoll dennoch nicht das Schriftprotokoll ersetzen kann, liegt nach einhelliger Meinung²³⁴⁾ zum einen an den unbestreitbaren technischen und organisatorischen Problemen, die ein breiter Einsatz des Tonbandes mit sich bringen müßte. Zum anderen ist es die Fassung sämtlicher Prozeßgesetze, die so eng auf das Schriftprotokoll zugeschnitten ist, daß man allenfalls eine ergänzende Verwendung des Tonbandprotokolls neben dem Schriftprotokoll vertreten will.²³⁵⁾ Die gesetzlichen Sicherungen der Garantiefunktion des Protokolls - Vorlesen, Genehmigung, Unterzeichnung durch den Beamten und die Aussageperson²³⁶⁾ - erfordern demzufolge in jedem Fall ein zusätzliches Schriftprotokoll. Man kann also festhalten, daß nach allen schweizerischen Prozeßordnungen eine völlige Ersetzung des mündlichen Zeugenbeweises durch Tonbandaufnahmen nicht möglich ist.²³⁷⁾ Zulässig ist hingegen überall

234) Vgl. außer Aeppli Hauser, Tendenzen ZStrR 88, 113 (120); ders., Zeugenbeweis S. 308 f; Pfenninger, Tonband SJZ 1958, 281 ff.

235) So z.B. GR 87 X; SO 92 IV.- Vgl. auch Kassationsgericht Zürich ZR 67 Nr. 42; Obergericht Bern ZBJV 88 (1952) S. 83 (86).

236) Dazu Hauser, Zeugenbeweis S. 306 f.

237) Das folgt für die Kantone mit unmittelbarem Beweisverfahren aus den oben FN 227 dargestellten Gründen. - Für den fakultativ unmittelbaren Verfahrenstyp sind in erster Linie organisatorische und gesetzestechnische Einwände maßgebend.

die Ergänzung der mündlichen Aussage bzw. des Schriftprotokolls durch die Verwendung von Tonaufnahmen.²³⁸⁾

2. Im Bereich sachlicher Beweismittel

aa) Deutsches Recht

Auch die sachlichen Beweismittel - Urkunden und Augenscheinsobjekte - sind einer Vermittlung zugänglich.

(1) Für den Urkundenbeweis²³⁹⁾ gilt, daß das Gericht an Stelle der Originalurkunde für den Inhaltsbeweis auch Reproduktionen, Photokopien, Durchschläge, Abschriften, Auszüge sowie das Zeugnis einer Person verwenden kann. Anders als bei der Vermittlung von persönlichen Beweismitteln ergeben sich bei der Vermittlung durch andere sachliche Beweismittel allenfalls Probleme im Rahmen der notwendigen Feststellung, ob das Surrogat inhaltlich mit dem Original übereinstimmt.²⁴⁰⁾ Bei der Vermittlung durch persönliche Beweismittel hingegen wird die Zuverlässigkeit dieser Beweisführung im Bereich der feststellenden Würdigung eingeschränkt sein, weil die Genauigkeit der Wiedergabe von den bekannten Mängeln des Personalbeweises beeinträchtigt sein kann.²⁴¹⁾

Die Kriterien für die Zulässigkeit dieser mittelbaren Beweisführung sind nicht unmittelbar gesetzlich geregelt.²⁴²⁾

238) Nach h.M. sind solche Tonbandaufnahmen als Beweismittel nur zulässig, wenn die Aussageperson vorher von der Verwendung eines Tonbandes informiert wird. Ob sie einverstanden ist, soll nicht entscheidend sein; vgl. Mönkehaus aaO S. 143; Hauser, Tendenzen aaO S. 121; Pffenninger, Tonband aaO; a.A. Graven, L'emploi, ZStrR 73, S. 361 (380).

239) Zum prozeßrechtlichen Urkundsbegriff vgl. Löwe-Rosenberg StPO § 249 RN 6 f.

240) Ob das Gericht auf einen entsprechenden Nachweis verzichten zu können glaubt, ob es amtliche Beglaubigungsvermerke oder gar die Vorlage der (verfügbaren) Originalurkunde verlangt, bleibt ihm überlassen.

241) Vgl. Geppert aaO S. 180

242) Zur Klarstellung ist zu betonen, daß § 250 schon vom Wortlaut her nicht einschlägig ist, weil er allein für den praktisch wichtigen Zeugenbeweis gilt, der allerdings auch größere Qualitäts- und Zuverlässigkeitsprobleme aufwirft. Vgl. dazu oben S. 139 und 144 ff.

Das Gericht hat sich vielmehr je nach Lage des Einzelfalles an seiner amtlichen Aufklärungspflicht (§ 244 II) zu orientieren. Sämtliche obengenannten Surrogate bilden grundsätzlich einen zulässigen Ersatz für die Originalurkunde.²⁴³⁾

Der Urkundenbeweis wird - gleich in welcher seiner sachlichen Benutzungsformen - durch Verlesen in die Hauptverhandlung eingeführt, § 249 Satz 1.²⁴⁴⁾ Da nicht alle Teile einer Urkunde gleichermaßen für die Verhandlung wesentlich sind, hat es sich in der Praxis durchgesetzt, daß der Vorsitzende im Einverständnis der Parteien die Urkunde auszugsweise verliest oder ihren Inhalt in streng sachlicher Form vorträgt.²⁴⁵⁾ Letzteres begegnet zu Recht der nahezu einhelligen Kritik in der Literatur, weil es einerseits die Frage provoziert, ob der Bericht des Vorsitzenden genügend sachlich und objektiv war und andererseits die Grenzen zum formfreien Vorhalt verwischen kann.²⁴⁶⁾

(2) Die Ersetzung des richterlichen Augenscheins von einer Örtlichkeit oder einem Gegenstand kann geschehen mit Hilfe von Skizzen, Zeichnungen, Plänen, Photographien, beschreibenden Protokollen sowie mittels anderer Personen. So wie es unbestreitbar ist, daß die Ersetzung des eigenen richterlichen Augenscheins durch Surrogate verbunden ist mit einem Verlust an Wirklichkeitsnähe, Anschaulichkeit und Zuverlässigkeit, so ist andererseits die Verwendung von Surrogaten oft unvermeidbar, weil der Originalzustand des Augenscheinsobjektes im Zeitpunkt der Hauptverhandlung beseitigt oder seine Wahrnehmung für das Gericht mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden ist. Da - anders als beim

243) Löwe-Rosenberg aaO § 249 RN 5; RGSt 51, 94; BGH NJW 1966, S. 1719.

244) Der Vorgang und der Umfang der Verlesung sind im Protokoll zu vermerken, § 273 I.

245) RGSt 35, 198; 64, 79; BGHSt 11, 29 (31); OLG Hamburg MDR 1973, 156.- Die Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte enthält allerdings zumeist den Hinweis, daß dieses Verfahren die Aufklärungspflicht und den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzen könne.

246) Vgl. etwa Hanack, Rechtsprechung JZ 1972, 202; Löwe-Rosenberg § 249 RN 33; Sarstedt, Revision S. 194; Geppert aaO S. 192 f. Zur Vorhaltproblematik siehe unten S. 185 ff.

Urkundenbeweis - der Wert des Augenscheinsbeweises stark von dem persönlichen Eindruck und dem Standpunkt des Betrachters abhängt, wird man von dieser Zuverlässigkeitserwägung aus vermuten dürfen, daß beim Augenscheinsbeweis eine Surrogation nicht in dem gleichen Maße zulässig ist, wie beim Urkundenbeweis.

Diese Vermutung bestätigt sich nicht voll²⁴⁷⁾, denn das Gericht ist weder verpflichtet, einen Augenschein persönlich einzunehmen²⁴⁸⁾, noch ist es gehindert, das Augenscheinsobjekt über andere Beweismedien in die Hauptverhandlung einzuführen. Die Beweisaufnahme durch Augenschein ist weder im formellen noch im materiellen Sinne zwingend unmittelbar, sondern unterliegt im Rahmen des Ermittlungsgrundsatzes, § 244 II, dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz weicht vor allem deshalb dem Gebot der Zweckmäßigkeit, weil die Beweisführung durch Augenschein geeignet ist, empfindlich in das zeitliche Gefüge der Hauptverhandlung einzugreifen.²⁴⁹⁾ Zudem wird der Augenschein als der Erkenntnisweg angesehen, dem seiner Natur nach am wenigsten Fehlerquellen anhaften.²⁵⁰⁾

Daß vor diesem Hintergrund der eigene "Original"-Augenschein des erkennenden Gerichts dennoch als die zuverlässigere und überlegene Beweisführung angesehen wird, mag man daraus

247) Löwe-Rosenberg § 86 RN 2, 9-34 .

248) Ohnehin kann die Augenscheinseinnahme vor die Hauptverhandlung gelegt werden (§§ 225, 86), das dabei aufgenommene richterliche Protokoll ist in der Hauptverhandlung zu verlesen, § 249 Satz 2.

249) Vgl. § 244 V; lediglich die in der Verhandlung präsenten Augenscheinsobjekte sind nach § 245 zwingend zu benutzen. Siehe auch Löwe-Rosenberg § 244 RN 271 ff; Krause, Urkundenbeweis S. 149.

250) Ziegler, Zweckmäßigkeitstendenzen S. 121.- Ziegler kann nicht gefolgt werden, soweit er andeutet, der Augenschein könne von allen Beweismitteln mit dem geringsten Qualitätsverlust reproduziert werden. Dabei wird der beim Augenschein vom Gericht bezweckte persönliche richterliche Eindruck außer Acht gelassen. Mit Sicherheit besser lassen sich Urkunden reproduzieren.

entnehmen, daß die Praxis nicht die Verwendung jedes x-beliebigen Surrogats gestattet, sondern darauf sieht, daß nach Möglichkeit durch eine Kombination mehrerer Surrogate ein Gesamtbild entsteht, das in seiner Anschaulichkeit einem vom Gericht selbst eingenommenen Augenschein möglichst nahekommt.²⁵¹⁾ - Beispielhaft dafür ist etwa die Rechtsprechung zur Verwertbarkeit von Unfallskizzen und Lichtbildern.²⁵²⁾ Kommt es auf die Feststellung von Örtlichkeiten oder Zuständen an, so hält zwar ein großer Teil der in sich uneinheitlichen Rechtsprechung polizeiliche Tatortskizzen oder Lichtbilder für einen zulässigen und tauglichen Augenscheinsersatz.²⁵³⁾ Andererseits hat das Gericht deren Zuverlässigkeit und Klarheit stets zu prüfen, worauf auch die Beschränkung auf amtliche Skizzen hindeutet. Demgegenüber wird der unter Umständen mindere Beweiswert eines solchen "mittelbaren Augenscheins" dafür angeführt, daß Tatortskizzen und Photos nur in Verbindung mit einer Vernehmung des Herstellers als Hilfsmittel verwendet werden dürfen, weil der Wert einer Skizze je nach der Person des Herstellers verschieden sein kann.²⁵⁴⁾ Private Skizzen und Photos können niemals Augenscheinsersatz sein, sondern allenfalls als Vernehmungshilfsmittel dienen.^{255) 256)}

- 251) Vgl. Ziegler aaO S. 122 f; Löwe-Rosenberg § 86 RN 2, 8.
- 252) Hier stellt sich allerdings noch das Problem, daß die Grenzziehung zwischen Zeugenbeweis und Augenschein zweifelhaft sein kann. Die Wahrnehmungen des Polizeibeamten am Unfallort können - auch wenn sie in einer Skizze niedergelegt sind - gemäß § 251 Satz 1 nur Gegenstand des Zeugenbeweises sein. Hiervon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen sich das Gericht der Polizei als Augenscheinsgehilfen bedient und deren Bericht oder Plan zum Beweis heranzieht; vgl. dazu Löwe-Rosenberg § 86 RN 3-5, 26; OLG Hamm VRS 28, 380 (381 f).
- 253) BGH VRS 5, 541 (543); 27, 192; KG VRS 5, 211 (212); OLG Hamburg VRS 10, 370 (372); OLG Hamm VRS 18, 55 (56) hier findet sich auch der Hinweis darauf, daß der Verkehrsunfalldienst der Polizei nach Ausbildung und Ausrüstung die Gewähr für zuverlässige Erhebungen bietet. Ebenso Ziegler aaO S. 124. Für Photos vgl. RGSt 36, 55; 47, 235 (236).
- 254) OLG Hamm VRS 28, 380 (381 f); OLG Düsseldorf VRS 3, 359 (360); so auch Löwe-Rosenberg § 86 RN 8, 26; offengelassen in BGHSt 18, 51 (53).
- 255) Vgl. insoweit die oben FN 253 zitierten Entscheidungen.
- 256) Zu dem Sonderfall des Tonbandes als Augenscheinsbeweismittel vgl. oben FN 145.

bb) Schweizerisches Recht

(1) Der Beweis durch Urkunden (in zahlreichen Gesetzen auch genannt: Akten, Bücher, Papiere) muß auch in der Schweiz nicht mit Originalurkunden geführt werden. Mangels einschlägiger gesetzlicher Vorschriften²⁵⁷⁾ wird man davon ausgehen können, daß es dem einzelnen Gericht überlassen ist, ob es den Beweis mit dem Original oder mit Kopien, Abschriften bzw. Auszügen führt. Je nach Überzeugungskraft sind also die sachlichen Surrogate nahezu unbeschränkt zulässig, offenbar weil man die Urkunde für fast vollkommen reproduzierbar ansieht.²⁵⁸⁾ Die persönliche Surrogationsform des Urkundenbeweises, der Berichtszeuge, hat offenbar keine praktische Bedeutung²⁵⁹⁾ in der Hauptverhandlung. Lediglich Zürcher²⁶⁰⁾ erwähnt und vertritt für Bern mit seinem unmittelbaren Beweisverfahren einen Vorrang des Originalbeweises vor dem sachlichen bzw. persönlichen Surrogat, was er aus dem Unmittelbarkeitsprinzip herleitet.²⁶¹⁾ Je nach der Bedeutung der Urkunde für den Prozeß verlangt er zunächst die Verwendung der Originalurkunde. Erst wenn auch kein sachliches Surrogat herbeigeschafft werden kann, will er den Berichtszeugen zulassen.

-
- 257) Vorschriften wie SG 59 II, III sind selten: Photokopien und dergleichen sind aus besonderen Gründen zulässig, wenn der Untersuchungszweck nicht gefährdet wird. Nach Abs. III können amtliche Akten ohne weiteres durch beglaubigte Abschriften oder amtliche Berichte ersetzt werden.
- 258) Vgl. Robert, Augenschein S. 26; Haefliger, MStGO Art. 153 Anm. 1; Zürcher, Unmittelbarkeit S. 115.
- 259) Das ist ohnehin in den Kantonen mit zweckmäßiger Unmittelbarkeit nicht zu erwarten, da Zeugenvernehmungen vor Gericht dort nur ausnahmsweise stattfinden.
- 260) Unmittelbarkeit S. 115
- 261) Ebenso bekanntlich im Hinblick auf die persönlichen Beweismittel, vgl. oben S. 153. Zürchers deutlich materiellles Unmittelbarkeitsverständnis berücksichtigt jedoch nicht, daß es sich hier um Einzelfallentscheidungen handelt, die sich aus den Prinzipien der materiellen Wahrheit und der freien Beweiswürdigung herleiten.

Die Einführung der Urkunden in die Hauptverhandlung durch Verlesen ist in den Kantonen mit dem "zweckmäßig unmittelbaren" Beweisverfahren nicht zwingend vorgeschrieben²⁶²⁾, weil regelmäßig Aktenkenntnis aller Beteiligten erwartet wird oder vorgeschrieben ist.²⁶³⁾ Es kann deshalb nur vorsichtig vermutet werden, daß eine auszugsweise Verlesung²⁶⁴⁾ oder gar eine kurze Inhaltsangabe durch den Vorsitzenden nicht beanstandet werden würde. Für die Prozeßrechte mit unmittelbarem Beweisverfahren einschließlich der französischsprachigen Kantone fehlt hierzu jeder Anhaltspunkt. Denkbar ist allerdings, daß man sich der Meinung Haefligers²⁶⁵⁾ anschließt, der für das Militärstrafverfahren die bloße Inhaltsangabe nicht für ausreichend hält.

(2) Da der Tatortaugenschein zu den zeitlich aufwendigen Beweiserhebungen gehört, die den zügigen Ablauf der Hauptverhandlung stören können, ist aus dieser praktischen Erwägung heraus nur eine sehr geringe Neigung der schweizerischen Gerichte zu unmittelbaren Augenscheinseinnahmen²⁶⁶⁾ festzustellen. Dies gilt im allgemeinen auch für die Kantone und Prozeßordnungen, die das unmittelbare Beweisverfahren vorschreiben. Einige Prozeßordnungen formulieren deshalb, ein gerichtlicher Augenschein solle nur in wichtigen Fällen eingenommen werden, wenn er dringend erforderlich sei²⁶⁷⁾, er solle

262) Vgl. z.B. AG 158 I; GR 116; SG 160; VA 132 I; ZG 53.

263) So z.B. in Luzern und Solothurn; vgl. näher oben Hauptteil A I a 2 (S. 42 ff)

264) So ausdrücklich AG 158 I

265) MStGO Art. 153 Anm. 3

266) Das gilt selbstverständlich nicht für die Asservate, die ohne Schwierigkeiten in der Hauptverhandlung produziert werden können. Vgl. AG 158 II: "Gegenstände, die zur Begehung der Tat gedient haben oder durch diese hervorgebracht wurden, sind vorzulegen, soweit sie zu den Akten gebracht worden sind." - SH 200: "... so legt der Vorsitz den Richtern die Beweisstücke und Wahrzeichen des Verbrechens vor und macht sie wenn notwendig mit den Örtlichkeiten bekannt".

267) AR 82 III

nur ausnahmsweise²⁶⁸⁾ und dann nicht stattfinden, wenn er unverhältnismäßige Schwierigkeiten bereite.²⁶⁹⁾ Die Augenscheinsurrogate²⁷⁰⁾ haben daher eine erhebliche praktische Bedeutung.

In nahezu allen Prozeßordnungen ist die Verlesung von Augenscheinsprotokollen als Beweismaßnahme in der Hauptverhandlung ausdrücklich zugelassen²⁷¹⁾, wenn nicht ihre Verwertung stillschweigend durch die richterliche Kenntnisaufnahme im Wege der vorherigen Aktenzirkulation stattfindet.²⁷²⁾ Dabei ist eine Beschränkung auf richterliche²⁷³⁾ Protokolle nicht festzustellen.²⁷⁴⁾ Sonstige Surrogate, wie Pläne, Skizzen und Photos, werden zwar ausdrücklich (vereinzelt) nur als Hilfsmittel zur Veranschaulichung der amtlichen Protokolle genannt²⁷⁵⁾, sie werden aber zunehmend vor allem dann²⁷⁶⁾ als vollständiger Ersatz für den gerichtlichen Augenschein angesehen, wenn es um gut und mit technischen Mitteln zuverlässig reproduzierbare

268) ZG 41

269) SG 142

270) Vgl. Hauser, Grundzüge S. 76; Robert, Augenschein S. 44, 55; - AG 118 III; BS 168 III; GL 65; NE 165 III; SG 79, ZH 168.

271) Vgl. AG 158; AI 31; BL 128 Ziff. 4; BS 168 III; BE 245, 248; GL 65; GR 117 III; NE 165 III; OW 51 II, 119; SH 207; SZ 82 I; VA 132 Ziff. 1; VD 207; ZH 108; BUND 164 I; MStGO 153.

272) So vor allem in LU, TG und ZG.

273) In Frage kommen: Untersuchungsrichter, erkennendes Gericht vor der Hauptverhandlung, Gerichtsdelegation, Rechtshilferichter.

274) Vgl. Robert aaO S. 68; ausgeschlossen sind allerdings private "Augenscheinsaufzeichnungen", sofern sie nicht als Sachverständigenbeweis gewertet werden, vgl. Robert aaO S. 21. Eine Beschränkung auf richterliche Protokolle würde auch die Gefahr von Beweisverlusten erhöhen.

275) AG 118 III; AI 31; BS 168 III; SG 79; TG 112 II; ZH 108 (dazu Sträuli, StPO § 108 Anm. 1); MStGO 59, 95 (dazu Haefliger, MStGO Art. 59 Anm. 1 und 95 Anm. 2).

276) Abgesehen von den Fällen, in denen ein unmittelbarer Augenschein gar nicht mehr möglich ist.

Gegenstände bzw. Örtlichkeiten handelt.²⁷⁷⁾

Daß der unmittelbare richterliche Augenschein qualitativ und von der Unmittelbarkeitsidee her jedem Surrogat überlegen ist, wird bezeichnenderweise lediglich von den Verfechtern eines unmittelbaren Beweisverfahrens vertreten.²⁷⁸⁾ Korrespondierend hierzu finden sich in beiden Basel und Bern interessante gesetzliche Vorkehrungen zugunsten der Qualität von Surrogaten. In Basel-Land (§ 128 Ziff. 4) und Basel-Stadt (§ 168 IIId) ist vorgesehen, daß der Hersteller eines Planes, einer Skizze, eines Protokolls oder eines Photos ergänzend²⁷⁹⁾ zu vernehmen ist, wenn das notwendig erscheint. In Bern bestimmt Art. 149, daß Pläne, Zeichnungen, Photographien und dergleichen vom Richter zu unterzeichnen sind.²⁸⁰⁾

-
- 277) Robert aaO S. 55 f; Comtesse, Verhältnis ZSR 65, 61 a (112 a); hier ist besonders auf die Erhebungen hinzuweisen, die in sog. Brandtourfällen von gut ausgerüstetem qualifizierten Personal aufgenommen werden; vgl. ZH 107 II; Sträuli aaO § 107 Anm. 2; Robert aaO S. 36; Nägeli, Strafuntersuchung, Kriminalistik 1970, 315 (317).
- 278) Zürcher, Unmittelbarkeit S. 113 f meint, grundsätzlich solle auch ein schon in der Untersuchung durchgeführter Augenschein in der Hauptverhandlung wiederholt werden. Er will Surrogate nur bei Unmöglichkeit der unmittelbaren Beweisaufnahme zulassen. Soweit er das für das bernische Recht aus einer extensiven Auslegung des § 249 Ziff. 1 folgert, muß bezweifelt werden, daß die Praxis dem folgt, denn § 249 befaßt sich nur mit Abhörungsprotokollen. Zürcher selbst weist auf die Erfordernisse der Praxis hin, die den Grundsatz der Unmittelbarkeit relativieren (S. 144, 116). Waiblinger, Strafverfahren Anmerkung zu Art. 146 empfiehlt, der erkennende Richter solle von der Möglichkeit, die Augenscheinseinnahme zu delegieren (BE 245, 146 II), nie, der Untersuchungsrichter selten Gebrauch machen. Robert aaO S. 33 beklagt die zunehmende Vernachlässigung des gerichtlichen Augenscheins und verweist auf die möglichen Qualitätsmängel der Surrogate, S. 55 ff.
- 279) Vgl. Zürcher aaO S. 116, der sich gegen die ergänzende Verwendung von Surrogaten nicht wendet, während er die Ersetzung durch einen Zeugenbericht für unzulässig hält, solange ein gerichtlicher Augenschein möglich erscheint.
- 280) Vgl. Waiblinger aaO Art. 149 Anm. 1.

3. Die wichtigsten Ausnahmen vom Grundsatz der Unmittelbarkeit im Bereich des Personalbeweises durch die Zulassung von Aussageprotokollen

aa) Deutsches Recht

Im Vorstehenden klang es schon verschiedentlich an, daß eine absolute Durchführung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, die den gesamten Ergebnissen des Vorverfahrens einen direkten Einfluß auf das Urteil verwehren würde, mit den Erfordernissen einer gedeihlichen Rechtspflege nicht vereinbar wäre. So hat der Gesetzgeber von den als Inhalt des Unmittelbarkeitsgrundsatzes erkannten abstrakten Denkprinzipien nur so viel übernommen, daß als leitendes Grundprinzip der Vorrang der Hauptverhandlungsergebnisse vor denen des Ermittlungsverfahrens festgelegt wurde. Vor dem Prozeßzweck der materiellen Wahrheitsfindung hat sich die Überzeugung von der Überlegenheit der eigenen möglichst direkten Beweiserhebungstätigkeit des erkennenden Richters vor allem im Bereich des praktisch wichtigen Zeugenbeweises niedergeschlagen. Das durch § 250 ausgestaltete Gebot der persönlichen Vernehmung der Wahrnehmungsperson, verbunden mit dem Verbot der Verlesung und Verwertung früher aufgenommenen Protokolle und schriftlicher Erklärungen muß jedoch Ausnahmen erleiden, um der Vielfalt der Einzelsituationen gerecht zu werden.

Der hohe Stellenwert dieses Unmittelbarkeitsprinzips für den Personalbeweis beweist sich an den gesetzlich zugelassenen Ausnahmen. Im folgenden sollen jeweils getrennt dargestellt werden die echten Ausnahmen in den §§ 251, 254, 256 und 325, sowie die scheinbaren Ausnahmen im Bereich der Vorhaltproblematik und der §§ 253, 254.

(1) Die echten Ausnahmen gestatten eine Ersetzung des mündlichen Personalbeweises durch schriftliche Protokolle des Ermittlungs- und Untersuchungsverfahrens zum Zwecke der Verhütung von Beweisverlusten²⁸¹⁾, aus Gründen

281) §§ 251 I 1 und 2, II

der Prozeßökonomie²⁸²⁾, sowie nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel.²⁸³⁾ Es handelt sich im folgenden um die praktisch wichtigsten Ausnahmen:²⁸⁴⁾

--- Das Gericht kann seiner Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit nur dann wirkungsvoll nachkommen, wenn es in der Lage ist, auf die Protokolle des Vorverfahrens zurückzugreifen, um Beweisverlusten vorzubeugen, die dadurch drohen, daß die vorgesehenen Auskunftspersonen aus in absehbarer Zeit nicht behebbaren Gründen vor Gericht nicht erscheinen können. Hier sind grundsätzlich nur richterliche Protokolle als Ersatz zugelassen, worin sich das Vertrauen in die Autorität und Verlässlichkeit gerade der richterlichen Protokolle dokumentiert. Ist eine unmittelbare Beweisaufnahme durch Vernehmung der Wahrnehmungspersonen vor Gericht auf absehbare Zeit absolut unmöglich²⁸⁵⁾, weil sie verstorben, in Geisteskrankheit verfallen oder unbekannten Aufenthalts²⁸⁶⁾ sind, so sind nach § 251 I 1 richterliche Protokolle über frühere Vernehmungen verlesbar. Die Gefahr von Beweisverlusten in den Fällen nicht behebbarer Hindernisse wird sogar so hoch veranschlagt, daß gemäß § 251 II auch nichtrichterliche Protokolle und sonstige schriftliche Erklärungen verlesen

282) §§ 251 I 4, 254 I, 256, 325. Im folgenden nicht näher erläutert werden die Sonderfälle der Verhandlung ohne den Angeklagten, §§ 232 III, 233 III.

283) § 253 I 3

284) Kaum Bedeutung haben die Ausnahmegründe der persönlichen Rücksichtnahme und der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, § 429 c, sowie der Rücksichtnahme auf Verfassungsorgane, §§ 49, 50.

285) Infolge dieser Unmöglichkeit der unmittelbaren Beweisaufnahme sehen einige Autoren die Protokollverlesung nicht als Ausnahme von § 250 an, vgl. Krause, Urkundenbeweis S. 161; Löhr, Unmittelbarkeit S. 141; KMR StPO § 261 Anm. 1. Der Ausnahmecharakter des § 251 liege insoweit allein darin, daß keine Verpflichtung zur Abhörung der Verhörspersonen bestehe.

286) Das Gericht ist verpflichtet, alle zumutbaren Gestellungsmaßnahmen zu ergreifen. Vgl. aus jüngster Zeit BGH NJW 1977, 1161.

werden dürfen.²⁸⁷⁾ Hier wird also der Prozeßzweck über den Gedanken möglicher Zuverlässigkeit der Beweisführung gestellt, indem der Gesetzgeber die Gefahren, die aus der mangelnden Gewähr für die Richtigkeit und zutreffende Vermittlung bei nichtrichterlichen Protokollen entstehen können, bewußt in Kauf genommen hat. Die Vorschrift des § 251 II ist deshalb zum Teil erbitterter Kritik ausgesetzt²⁸⁸⁾, die zu Recht betont, ein solches Verfahren könne nur hingenommen werden, wenn das Gericht besonders strenge Anforderungen an die Beweiswürdigung solcher Protokolle stelle und gegebenenfalls die Verhörspersonen ergänzend vernehme.

In den Fällen, in denen die unmittelbare Beweisaufnahme nur relativ unmöglich ist, weil dem Erscheinen des Zeugen oder Sachverständigen Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere für längere oder ungewisse Zeit nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen²⁸⁹⁾, dürfen nach § 251 I 2 wiederum nur frühere richterliche Protokolle verlesen werden.

--- Aus Gründen der Prozeßökonomie dürfen nach § 251 I 4 die strengen Voraussetzungen des § 251 I 1-3 ersetzt werden durch das Einverständnis aller²⁹⁰⁾ Prozeßparteien mit der Verlesung des richterlichen Protokolls bzw. des schriftlichen Sachverständigengutachtens. Mit der weiteren Ausnahme des § 325 für

287) Es handelt sich hier um den einzigen Fall, daß nicht-richterliche Protokolle direkt für das Urteil Verwendung finden dürfen. Das grundsätzliche Verbot kann auch nicht durch allseitiges Einverständnis der Prozeßbeteiligten umgangen werden; vgl. BGH bei Holtz MDR 1976, 989.

288) Vgl. jeweils mit weiteren Nachweisen Eb.Schmidt LK I RN 453 FN 249; Heissler, Unmittelbarkeit S. 236 ff; Löhr aaO S. 141.

289) Hierzu werden auch die Fälle gerechnet, in denen der Aussageperson durch eine persönliche Vernehmung vor Gericht ernstliche Schäden drohen würden. Das ist besonders bedeutsam bei kindlichen Zeugen; vgl. OLG Saarbrücken NJW 1974, 1959.

290) Einschließlich des Gerichts, das unter Hinweis auf § 261 die persönliche Vernehmung durchsetzen kann. Die Einwilligung des Nebenklägers ist nicht erforderlich; vgl. Kleinknecht § 251 RN 13.

das Berufungsverfahren ist der Unmittelbarkeitsgrundsatz ansonsten nicht dispositiv. Die Vorschrift begegnet im Hinblick auf die durch § 250 getroffene grundsätzliche Wertentscheidung zugunsten des überwiegend zuverlässigeren persönlichen Beweismittels Bedenken, weil es inkonsequent erscheint, das weniger verlässliche Protokoll zuzulassen, obwohl die Wahrnehmungsperson zur Verfügung steht.²⁹¹⁾ Von der Möglichkeit des § 251 I 4 darf allerdings ohne Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht nur Gebrauch gemacht werden, wenn es sich nicht um prozeßentscheidende Beweismittel handelt.²⁹²⁾

Ebenfalls prozeßökonomische Erwägungen liegen dem § 254 I zugrunde, der die Verlesung von richterlichen Geständnisprotokollen gestattet.²⁹³⁾ Zuverlässigkeitsbedenken tauchen bei diesem Verfahren nicht auf.²⁹⁴⁾

Soweit § 256 I die Verlesung von Zeugnissen und Gutachten öffentlicher Behörden sowie von ärztlichen, wissenschaftlichen und technischen Routinegutachten gestattet²⁹⁵⁾, soll nicht nur dem Gericht, sondern auch dem betroffenen Verfasser die Mühe

291) Vgl. Schneidewin, Urkundenbeweis JR 1951, 481 (484); Heissler aaO S. 235 (er spricht von einem eklatanten Verstoß gegen den Wesensgehalt des Unmittelbarkeitsprinzips); Löhr aaO S. 142.

292) Er gilt vor allem für die Fälle, in denen ein ergänzender Zeuge von vornherein nicht geladen wurde, weil die Beteiligten auf ihn verzichtet, oder den Beweisantrag erst in der Hauptverhandlung gestellt haben.

293) Zustimmend Löwe-Rosenberg § 254 RN 11 f; vgl. auch BGH NJW 1977, 157: Verlesbar sind nur frühere Geständnisse des Angeklagten des anhängigen Verfahrens. Erlangt der Geständige (Mitbeschuldigte) in einem anderen Verfahren die Stellung eines Zeugen, so verbleibt es bei der Regel des § 250.

294) Interessante erkenntnispsychologische Erwägungen zum Beweiswert von Geständnisprotokollen finden sich bei Schroth, Vorhalt ZStW 87, 103 (114).

295) Für Einzelheiten siehe die Hinweise bei Kleinknecht, Anmerkungen zu § 256.

der gerichtlichen Einvernahme erspart werden.²⁹⁶⁾ Zugunsten öffentlicher Behörden spricht ohnehin, daß deren Autorität relativ bedenkenlos auf deren Erklärungen übertragen werden kann.²⁹⁷⁾ Die Konzeption des § 256 beweist, daß der Gesetzgeber die Vorzüge der unmittelbaren Beweisaufnahme wohl abgewogen hat mit den praktischen Bedürfnissen der Rechtspflege, indem er nur dort eine Ausnahme von der grundsätzlich zuverlässigeren Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zugelassen hat, wo das Surrogat in bezug auf Zuverlässigkeit und Beweiswert dem Originalbeweismittel nicht nachsteht. Das zeigt sich insbesondere in dem ausdrücklichen Ausschluß von Leumundszeugnissen, selbst wenn sie behördlicher Natur sind. Solche Urkunden, die subjektiv wertende Äußerungen über den Ruf, den Charakter oder die sittlichen Eigenschaften einer Person enthalten, können erfahrungsgemäß nicht die Geltung beanspruchen, die den ansonsten in § 256 zugelassenen objektiv nachvollziehbaren Urkunden zukommt.²⁹⁸⁾

Der Gesetzgeber hat diese Wertentscheidung zugunsten des zuverlässigeren unmittelbaren Erkenntnisweges jedoch nicht einheitlich durchgehalten, denn gegen schärfste Kritik hat die eingeschränkte Unmittelbarkeit in der Berufung, § 325, alle Novellierungsversuche überstanden.²⁹⁹⁾ Allein aus Gründen der

296) § 256 enthält aber nur insoweit eine Ausnahme vom Gebot der unmittelbaren Zeugenvernehmung, als schriftliche behördliche Auskünfte verlesen werden dürfen. Die Bekanntgabe einer fernmündlich eingeholten Auskunft in der Hauptverhandlung ist nicht von § 256 gedeckt; vgl. OLG Karlsruhe MDR 1976, 273.

297) Vgl. Krause aaO S. 166 f; BGHSt 1, 94 (96).

298) Vgl. Löhr aaO S. 150 f mit Nachweisen aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. - In einem deutlichen Gegensatz hierzu steht die unbeschränkte Zulässigkeit von Leumundszeugnissen in der Schweiz. Dort hat man dem zweckmäßigen Prozeßablauf den Vorzug vor der absoluten Zuverlässigkeit des Wahrheitsfindungsprozesses gegeben; vgl. oben S. 163 f.

299) Siehe die Nachweise bei Stolzenburg, Die Berufung, in: Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren S. 357 (373 ff); ferner jeweils im Anschluß an Stolzenburg Löhr aaO S. 149 ff; Krause aaO S. 174 ff spricht sich für die Abschaffung der Vorschrift aus.

Zweckmäßigkeit läßt § 325 die Verlesung der in der 1. Instanz aufgenommenen Abhörungsprotokolle zu, wenn entweder das Gericht und die Staatsanwaltschaft die Zeugen und Sachverständigen gar nicht erst vorgeladen haben und auch der Angeklagte deren Ladung nicht rechtzeitig vor der Hauptverhandlung beantragt hat, oder wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft der Verlesung ausdrücklich³⁰⁰⁾ zustimmen. Das bedeutet, daß die Berufung, die nach Sinn und Zweck eine vollständige zweite Tatsacheninstanz sein soll und zufolge zunehmend unbeschränkter Einlegung auch ist³⁰¹⁾, in starkem Maße ein Parteiprozeß ist ohne die in 1. Instanz zwingenden gesetzlichen Garantien für eine zuverlässige und vollständige Wahrheitsfindung. Im wesentlichen bleibt es dem Angeklagten³⁰²⁾ überlassen, durch rechtzeitige Ladungsanträge oder eigene (§ 220) Ladungen eine unmittelbare Beweisaufnahme zu erzwingen, soweit er in der Lage ist, die Bedeutung dieses Verfahrensprinzips für die materielle Wahrheitsfindung zu erkennen. In der Literatur wird deshalb den Gerichten empfohlen, mit Rücksicht auf ihre Wahrheitserforschungspflicht von der Möglichkeit des § 325 nur zurückhaltend Gebrauch zu machen.³⁰³⁾

--- § 251 I 3 ergänzt die Vorschriften über die kommissarische Vernehmung von Zeugen durch ersuchte Richter (§ 223), indem die Aussageprotokolle derjenigen Zeugen für verlesbar erklärt werden, denen wegen großer Entfernung vom Prozeßort eine unmittelbare Einvernahme nicht zuzumuten ist. Die Begriffe Zumutbarkeit und große Entfernung sind allerdings relativ, bezogen auf die Bedeutung der zu erwartenden Aussage, so daß im Einzelfall die Bedeutung der Aussage abzuwägen ist gegen die Beweislage und den Grad der Unbequemlichkeit für den Zeugen.³⁰⁴⁾ Fiskalische Erwägungen spielen dabei grundsätzlich nur eine untergeordnete Rolle.

300) RGSt 63, 302; BayObLG NJW 1954, 323.

301) Vgl. Krause aaO S. 176 f.

302) Bzw. allgemein dem Beschwerdeführer.

303) Vgl. Eb.Schmidt LK II § 325 RN 2; Peters, Lehrbuch S. 555 jeweils mwN.

304) Vgl. BGHSt 9, 230; BGH GA 1964, 275

Aus der vorstehenden Darstellung der echten Ausnahmen vom Grundsatz der Unmittelbarkeit ist bereits ersichtlich, daß der Gesetzgeber die Einschränkungen³⁰⁵⁾ in einem gesetzlich genau bestimmten engen Rahmen halten wollte, so daß für willkürliche Abweichungen kein Raum bleibt. Für den praktisch wichtigsten § 251 bestimmt dessen Absatz 4 zudem, daß vor jedem Fall seiner Anwendung ein begründeter Gerichtsbeschuß erforderlich ist, womit der Ausnahmecharakter des Verfahrens den Beteiligten bewußt gemacht wird. Schließlich erkennt man den Grad der Wertschätzung der grundsätzlich unmittelbaren persönlichen Aussage auch darin, daß die unzulässig verlesenen Protokolle nicht, auch nicht in anderer Form, für die Urteilsfindung verwendet werden dürfen, weil insoweit das klare Verlesungsverbot des § 250 Satz 2 einem Verwertungsverbot³⁰⁶⁾ gleichkommt.

(2) Die Vorhaltproblematik und die §§ 253, 254 II

Die §§ 253 und 254 II gestatten die Verlesung von früheren Protokollen jeder Art, wenn sich die Aussageperson einer Tatsache nicht mehr erinnert, oder wenn auftretende Widersprüche nicht durch andere Maßnahmen in der Hauptverhandlung beseitigt werden können. Infolge der unklaren Fassung der Vorschriften und der sich hierin zeigenden unzureichenden gesetzgeberischen Konzeption ist im deutschen Recht die Unterscheidung zwischen einem jederzeit möglichen und formfreien Vorhalt aus den Akten (in Form einer Frage an die Aussageperson, was sie dazu zu sagen habe) und einem Urkundenbeweis durch Verlesen von Protokollen zu einem der umstrittensten Probleme geworden.³⁰⁷⁾

305) Diese gelten, wie § 251 III zeigt, nur für den Strengbeweis im Rahmen der Schuld- und Straffrage.

306) Ein Beweisverbot, das der Qualität der Wahrheitsfindung dienen soll (wie § 250 Satz 2) zieht nach einhelliger Meinung stets auch ein Verwertungsverbot nach sich; vgl. Krause aaO S. 199; Rudolphi, Revisibilität MDR 1970, 93 (98); Schöneborn, Beweisverwertungsproblematik GA 1975, 33 (38).

307) Vgl. grundlegend Krause aaO S. 180 ff.; Kuckuck, Vorhalt S. 115 ff, 150 ff.- Im folgenden wird in Anlehnung an beide Autoren nur ein Überblick gegeben.

So geht es etwa um den Fall, daß der Vorsitzende eine Aktenstelle nicht inhaltlich vorträgt, um den Zeugen zu einer Stellungnahme zu veranlassen, sondern Teile aus früheren Protokollen verliest, weil der Zeuge sich insoweit nicht erinnern kann. Nach dem Wortlaut des § 253 I soll dies "zur Unterstützung des Gedächtnisses" des Zeugen geschehen. Die Rechtsprechung und die überwiegende Literatur hält die Vorschrift für eine echte Ausnahme vom Verlesungsverbot des § 250 II, die es gestatte, die im Protokoll niedergelegte und verlesene Aussage selbst zur Beweisgrundlage zu machen.³⁰⁸⁾

Das ist in dieser allgemeinen Form bedenklich, würde es doch dazu führen, daß die Vorschrift des § 250 Satz 2 nur noch gelten würde, wenn der Zeuge genauso aussagt wie in der Untersuchung. Wenn nicht, wäre das Gericht von der Bindung des § 250 Satz 2 frei und könnte auch frühere Protokolle für das Urteil verwerten.³⁰⁹⁾ Es ergebe sich insoweit ein deutlicher Wertungswiderspruch zu dem Grundsatz des § 250, sowie zu dem Sinn und dem Grundgedanken der strengen Ausnahmenvorschrift des § 251.³¹⁰⁾ In der Literatur wird deshalb verbreitet die Auffassung vertreten, bei § 253 handele es sich um einen gesetzlich besonders geregelten Fall des Vorhaltes, der den allgemeinen Regeln dieses Vernehmungsbehelfs folge.³¹¹⁾

Diese Bedenken sind zwar nicht ausgeräumt, können aber abgeschwächt werden und das Ergebnis der herrschenden Meinung rechtfertigen, wenn man § 253 I als ultima ratio zur Verhütung von Beweisverlusten begreift, weil nämlich die tatsächlich oder vorgeblich entfallene Erinnerung des Zeugen die Beweisführung und, sofern sie entscheidend darauf aufbauen will,

- 308) Vgl. RGSt 59, 144 (145); BGHSt 3, 281 (283), 199 (201); 11, 338 (340); BayObLG NJW 1953, 363 jeweils mwN. - Dolderer, Beweis durch Urkunden S. 82; Löwe-Rosenberg § 253 RN 1.-- Die Rechtsprechung kommt zu ihrer Auffassung durchweg ohne nähere Begründung und Abgrenzung zu § 250 Satz 2. Zum Teil ging es dort auch um eine Abgrenzung zum Problemkreis des § 252.
- 309) So deutlich Krause aaO S. 189
- 310) Kritisch auch Eb.Schmidt aaO § 253 RN 1; Löwe-Rosenberg aaO RN 4; Schneidewin aaO, der im Ergebnis allerdings der Rechtsprechung folgt.
- 311) Krause aaO S. 194; Eb.Schmidt aaO RN 7,9; Lohr aaO S.147

die Urteilsfindung nach dem Grundsatz der materiellen Wahrheit nicht sabotieren darf. Die Verlesung soll letztlich nur Hilfsfunktion zur Vernehmung haben.³¹²⁾ Die Verlesung darf nur als Anhalt für die Vernehmung dienen, nicht dieselbe ersetzen. Das setzt verfahrensmäßig voraus, daß der Zusammenhang mit der Vernehmung des Zeugen derart gewahrt bleibt, daß alle Mittel des formfreien Vorhaltes ausgeschöpft sind und der Zeuge die Möglichkeit hat, das Verlesene in seine Aussage einzubeziehen.³¹³⁾ Anders als beim Vorhalt ist es daher nicht ausgeschlossen, daß die verlesene Protokollstelle für das Urteil verwertet wird, wenn sich der Zeuge auch nach allen Bemühungen nicht erinnert. Allerdings greift hier besonders die Verpflichtung des Gerichts zu einer kritischen Beweiswürdigung ein.

Im Ergebnis werden auch die §§ 253 II und 254 II³¹⁴⁾ von Rechtsprechung und herrschender Meinung als echte Ausnahmen von § 250 angesehen mit der Folge, daß bei unbehebaren Widersprüchen in der Hauptverhandlung das Protokoll im Wege des Urkundenbeweises verlesen werden darf.³¹⁵⁾ Dies sollte jedoch nur geschehen, um dem Gericht überhaupt die Grundlage für eine Würdigung der widersprüchlichen Aussage zu geben.³¹⁶⁾

312) Deutlicher als die spätere Rechtsprechung noch RGSt 1, 409 (412); ferner Peters JZ 1965, 650; Kuckuck aaO S. 112, 150.

313) So richtig BGH bei Dallinger MDR 1970, 196 (198); Löwe-Rosenberg aaO RN 6, 8; Kleinknecht § 253 RN 1: "Kombination" von Urkundenbeweis und Zeugenbeweis.

314) Beachte, daß bei Zeugen und Sachverständigen jede Art von Protokoll verlesen werden darf, beim Angeklagten jedoch nur ein richterliches Protokoll; vgl. BGHSt 14, 310.

315) Vgl. Schroth, Vorhalt ZStW 87, 103 (111ff) mwN. Dort auch der Hinweis darauf, daß kein Widerspruch zur Aussagefreiheit des Angeklagten entsprechend § 243 IV 1 bestehe (S. 118). -- A.A. (im einzelnen wie zu § 253 I): Krause aaO S. 191; Eb.Schmidt aaO § 254 RN 10; Löhr aaO S. 147 ff.

316) Der Widerspruch soll in nachvollziehbarer Form durch Verlesung und Protokollierung (§ 255) offengelegt werden.

bb) Schweizerisches Recht

Eine Darstellung derjenigen Vorschriften, die eine Verlesung von Aussageprotokollen zu Beweis Zwecken gestatten, ist für das schweizerische Recht nur sinnvoll, wenn man sich vorab erneut klar macht, daß die Verwertung von Untersuchungsergebnissen in der Hauptverhandlung zu Beweis Zwecken jeweils einen unterschiedlichen Stellenwert hat, je nachdem welches der drei schweizerischen Erkenntnissysteme man betrachtet. Das vorherrschende System der eingeschränkten Unmittelbarkeit³¹⁷⁾, das dem Gericht einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Erkenntnisbildung läßt, wird die Verlesung von Aussageprotokollen eher als Teil des übergreifenden Zweckmäßigkeitsgedankens ansehen, zumal sich die Verwertung früherer Protokolle in der Regel³¹⁸⁾ nicht in der auffälligen Form der Verlesung vollzieht, sondern in der Aktenzirkulation aufgeht. Demgegenüber hat die Verlesung von früheren Protokollen echten Ausnahmecharakter³¹⁹⁾ in den Prozeßgesetzen, die sich dem Unmittelbarkeitsprinzip verpflichtet fühlen.³²⁰⁾ Eine Mittelstellung nehmen die Kantone Genf, Neuenburg und Waadt ein, die die Verlesung von früheren Protokollen immer zulassen, wenn es im Interesse der Wahrheitsfindung erforderlich erscheint. Die folgende Übersicht muß daher auf der für alle Prozeßordnungen vergleichbaren Basis aufbauen, daß nach Prozeßlage dem Gericht an sich die unmittelbare Einvernahme einer Aussageperson erforderlich erscheint.

(1) Echte Ausnahmen

--- Daß die Verlesung und Verwertung früherer Protokolle zulässig sein muß, wenn die Aussageperson verstorben ist oder aus zwingenden Gründen nicht für die Hauptverhandlung zur Verfügung steht, wird weitgehend als Selbstverständlichkeit

317) AG, AR, AI, GL, GR, LU, NW, OW, SO, SZ, SG, TG, TI, UR, VA, ZG, ZH, BUND.

318) Anders z.B. GR, SZ, SG, ZG.

319) Folgerichtig deshalb BL 122 II und BS 175 II e, wonach die Tatsache der Verlesung in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen ist.

320) BL, BS, BE, FR, SH, MStGO; ferner die Schwurgerichtsverfahren.

angesehen. Nur wenige Gesetze erwähnen diese Fälle ausdrücklich.³²¹⁾ Durchweg darf hier jede Art von Protokoll zur Verhütung von Beweisverlusten herangezogen werden.

Ähnlich wird verfahren, wenn die Aussageperson wegen Krankheit, Abwesenheit oder aus sonstigen Gründen nicht erreichbar ist. Relativ großzügig formuliert man allerdings in Aargau (Protokolle ausgebliebener Zeugen³²²⁾) und in beiden Basel (irgendwelche Gründe³²³⁾). Sonst ist die Rede von wichtigen Gründen³²⁴⁾, Verhinderung³²⁵⁾, Abwesenheit, Krankheit³²⁶⁾ und nicht zu beseitigenden Hindernissen³²⁷⁾. Wie auch schon bei den absoluten Hindernissen, werden diese Fälle häufig zum Anlaß für vorläufige richterliche Beweisaufnahmen genommen, sofern die Verhinderung auf den Zeitpunkt der Hauptverhandlung vorhersehbar war.³²⁸⁾ Das wiederum dürfte seine Rechtfertigung in der grösseren Verlässlichkeit der vom erkennenden Gericht oder einer Delegation³²⁹⁾ desselben aufgenommenen Protokolle finden. Dieser Gesichtspunkt, der auch der entsprechenden deutschen Regelung zugrunde liegt, wird vor allem in der berner Literatur betont.³³⁰⁾ Zürcher etwa will sonstige Protokolle³³¹⁾ nur dann

-
- 321) BE 249 Ziff. 2 ("wichtige Gründe"); FR 36 Ziff. 1; SH 206; SZ 82; TG 86 I, 168; VA 132 II; MStGO 150; wohl auch BS 162 II.
- 322) AG 158 I.- A.A. für das berner Recht Zürcher aaO S. 106/107. Ist ein Zeuge nicht erschienen, so dürfen frühere Protokolle nur verlesen werden, wenn die Aufbietung des Zeugen unverhältnismäßige Schwierigkeiten bereiten würde.
- 323) BL 128 Ziff. 2; BS 168 II b.
- 324) BE 249 1, 2
- 325) FR 36 Ziff. 1
- 326) GL 121 I; ZH (Geschworenengericht) 241
- 327) Mit wechselnden Formulierungen NW (Kantonsgericht) 105 II; SH 186 I; SG 142 I, II; VA 132 II; VD 322; MStGO 150.
- 328) BE 96, 244, 249 Ziff. 1, 2; SH 157 letzter Satz; SG 142 II, UR 37 II; VA 117 I, 132 II; BUND 139, 164 II; MStGO 131, 149.
- 329) Vgl. Obergericht Aargau AGVE 1974, 119.
- 330) Vgl. Waiblinger, Strafverfahren Art. 249 Anm. 1.
- 331) Auch solche der Rechtshilfe.

zulassen, wenn sich die kommissarische richterliche Vernehmung nicht oder nicht mehr durchführen läßt.³³²⁾ Überdies hält er die bei vorgängigen richterlichen Beweisaufnahmen zwingend vorgeschriebene Parteiöffentlichkeit für ein geeignetes Surrogat für die in der Hauptverhandlung fehlende Unmittelbarkeit.³³³⁾ Inwieweit dieser qualitätsbedingte Vorrang der richterlichen vor allen sonstigen Protokollen für die übrigen Kantone verallgemeinert werden kann, muß mangels genügender Anhaltspunkte hier offenbleiben. Immerhin sprechen die verbreiteten Regelungen über die vorgängige richterliche Beweisaufnahme³³⁴⁾ dafür, daß ein solcher Zusammenhang durchaus nicht nur in Bern gesehen wird.

--- Die Verlesbarkeit früherer Aussageprotokolle aus Gründen der Prozeßökonomie gilt im schweizerischen Recht als Selbstverständlichkeit, soweit die Prozeßparteien und das Gericht auf eine mündliche Abhörung verzichten. Allein in Bern ist dieser Fall ausdrücklich geregelt.³³⁵⁾ Schon auf Verlangen einer Partei dürfen in Glarus und in Wallis³³⁶⁾ Protokolle verlesen werden.³³⁷⁾ Ebenfalls selbstverständlich ist die Beweisaufnahme über ein Geständnis durch Verlesen eines früheren Protokolls, wenn der Angeklagte in der Hauptverhandlung bestreitet.³³⁸⁾

332) Unmittelbarkeit S. 99, 101.

333) AaO S. 104; so auch Waiblinger aaO Art. 230 Anm. 2.

334) Vgl. oben FN 328, sowie oben Hauptteil A II a 2 ee (S. 92)

335) BE 249 Ziff. 5, dazu ablehnend Zürcher aaO S. 100, der von einem groben Eingriff in den Grundsatz der Unmittelbarkeit spricht. Vgl. auch BE 249 II, wonach auf Verlangen einer Partei über die Verlesbarkeit des Protokolls ein Gerichtsbeschluß herbeigeführt werden kann.

336) GL 121 I; VA 132 III hier darf auch allein auf Verlangen des Vorsitzenden verlesen werden.

337) Das wird man - beschränkt auf die Rechte mit zweckmäßiger Unmittelbarkeit - auch in der übrigen Schweiz für zulässig halten dürfen.

338) Ausdrücklich nur GR 112 II; SH 205 II; MStGO 152. Grundsätzlich soll aber der Angeklagte zunächst selbst befragt werden, ob er die ihm vorgeworfene Tat zugibt. Das betonen vor allem Zürcher aaO S. 109 und Haeffliger MStGO Art. 152 Anm. 1. --
Forts.S. 191

Ohne Einschränkung verlesbar bzw. auch ohne Einführung in die Hauptverhandlung verwertbar sind behördliche Äußerungen und Gutachten.³³⁹⁾ Eine dem § 256 der deutschen StPO vergleichbare Vorschrift gibt es in der Schweiz nicht. Überhaupt werden Sachverständigengutachten in der Regel (Ausnahme BUND 161 I) nicht mündlich in der Hauptverhandlung vertreten.³⁴⁰⁾ Auf die im Vergleich zum deutschen Recht völlig andersartige Einstellung zu Leumundszeugnissen³⁴¹⁾ wurde bereits an anderer Stelle hingewiesen.³⁴²⁾

Forts.FN 338: Wie in Deutschland hat das Geständnis des Angeklagten keine beweisausschließende Wirkung, vgl. Waiblinger aaO Art.254 Anm.1 S. 363; Pfenninger, Geständnis SJZ 9 (1912), 44 ff. De facto gilt es auch heute noch als "Königin unter den Beweismitteln" mit der Folge, daß in aller Regel das Gericht bei Vorliegen eines Geständnisses ein gerichtliches Beweisverfahren als "nicht erforderlich" ansehen wird. Hier dürften überhaupt wichtige Anwendungsfälle für die herrschende zweckmäßige Unmittelbarkeit liegen. Diese Tendenz, vor der in der Literatur entschieden gewarnt wird (vgl. Pfenninger aaO; v.Hentig, Geständnis ZStrR 42, 23 ff; Waiblinger aaO), wird noch gefördert durch eine Reihe von Vorschriften, die das Gericht ausdrücklich ermächtigen, bei einem Geständnis von jedem weiteren Beweisverfahren abzusehen; vgl. AR 26 lit. f, 85; GL 42 II, 113 I; GR 106 I, 112 II; NW 89 II (der Untersuchungsrichter kann hier sogar allein auf die polizeilichen Akten abstellen); SO 123 II (Obergericht); SH 183, 198 II; SZ 81 II; ZG 40 II; ZH 202, 276 (in Zürich kann sich der Angeklagte in den die Zuständigkeit des Geschworenengerichts begründenden Fällen der Aburteilung durch das Obergericht unterziehen, das ohne jedes Beweisverfahren entscheidet, vgl. Sträuli aaO § 276 Anm. 2); BUND 156 (ein Beweisverfahren entfällt bei Zustimmung der Parteien).

339) Vgl. AG 104; SZ 48 I; ferner oben FN 201. - Zur Verlässlichkeit der amtsärztlichen Gutachten siehe Kassationsgericht Zürich SJZ 1954, 311. Bei der Beweisführung durch ärztliche Atteste herrscht keine Formstrenge. Der Untersuchungsrichter darf auch formlos eingeholte ärztliche Atteste verwerten, solange der Angeklagte nicht widerspricht. Lediglich bei prozeßentscheidender Bedeutung ist der Arzt selber als Zeuge zu hören (aus einer Entscheidung des Kassationsgerichts Zürich v. 3.2.1965, im Leitsatz mitgeteilt im Rechenschaftsbericht des Obergerichts 1965 S. 254 Nr. 9).

340) Vgl. Zürcher aaO S. 110.

341) Ohne weiteres verlesbar: AG 158, BL 128 Ziff. 4, BS 168 II d, NW 89 III, SH 207, TG 92 II.

342) Siehe oben S. 163 f., 183 FN 298

In der Berufungsinstanz - soweit überhaupt vorgesehen³⁴³⁾ - wird ein unmittelbares Beweisverfahren nur ausnahmsweise durchgeführt, auch wenn die Parteien darauf antragen. Die Einzelheiten der gesetzlichen Regelungen sollen hier nicht behandelt werden.³⁴⁴⁾ Interessant sind allerdings die Gründe, die aus schweizerischer Sicht dafür sprechen, sich in der 2. Instanz weitgehend mit den Beweisergebnissen des Erstgerichts zufriede zu geben. Es sind gerade die Verfechter eines unmittelbaren Beweisverfahrens vor der 1. Instanz, die immer wieder darauf verweisen, daß eine völlig neue Beweisverhandlung in der Berufung in der Regel nicht bessere, sondern schlechtere Ergebnisse bringe, weil infolge Zeitablaufs die Beweisqualität nachlasse und die Gefahr einer Beweisverdunkelung sich erhöhe.³⁴⁵⁾ Man bedient sich vor allem der Argumente, die in der älteren deutschen Literatur bei v.Kries und Birkmeyer³⁴⁶⁾ nachzulesen sind. Danach bestehe zumindest dann keine Notwendigkeit für ein beweisunmittelbares Berufungsverfahren, wenn bereits die 1. Instanz ein nach den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit ausgerichtetes Beweisverfahren durchgeführt habe. In diesen Fällen wird ein erneutes Beweisverfahren in der Berufung sogar für schädlich gehalten, weil ja bereits die 1. Instanz in der bestmöglichen Form nach der materiellen Wahrheit geforscht habe und die Ergebnisse einer 2. Instanz keinesfalls zuverlässiger sein könnten.³⁴⁷⁾ Dieser Standpunkt, der in der neueren deutschen Literatur nahezu

343) Eine zweite Tatsacheninstanz gibt es nicht im BUND, in Freiburg, Neuenburg und in der Waadt. Im Tessin und in der MStGO soll sie erst eingeführt werden. Vgl. Pfrommer, Appellation S. 33 f; Botschaft des Bundesrates über die Totalrevision der Militärstrafgerichtsordnung v. 7.3.1977, Bundesblatt 1977 Bd. 2 S. 1 (12, 100).

344) Sie unterscheiden sich nicht wesentlich vom deutschen Recht.

345) Huber, Appellation S. 12; Zürcher aaO S. 121; Pfenninger, Probleme S. 297, 300.

346) V.Kries, Lehrbuch S. 649; Birkmeyer, Strafprozeßrecht S. 519.

347) Pfenninger aaO S. 299; Zürcher aaO S. 125. - Pfenninger hat sich aaO mit diesen Erwägungen überhaupt gegen die Einführung einer zweiten Tatsacheninstanz im Militärstrafverfahren gewandt.

völlig verlassen wurde³⁴⁸⁾, ist in der Schweiz unangefochten.³⁴⁹⁾ Offenbar weil er gerade die grundsätzlichen erkenntnistheoretischen Mängel des Unmittelbarkeitsprinzips offenlegt, wird er ersichtlich nicht zum Anlaß genommen, die Bemühungen um einen Ausbau der Unmittelbarkeitsidee vor der 1. Instanz zu verstärken.³⁵⁰⁾

--- Der kantonale Strafprozeß stand lange vor dem Problem, daß infolge der kantonalen Gerichtshoheit kein Zeuge gezwungen war, vor dem Gericht eines anderen Kantons zu erscheinen.³⁵¹⁾ Von daher erklärt sich auch die Bedeutung des interkantonalen Rechtshilfewesens. Zwar sind heute Zeugen und Sachverständige gemäß § 355 IV des Schweizerischen Strafgesetzbuches verpflichtet, den Ladungen eines anderen Kantons Folge zu leisten, gleichwohl gilt es nach wie vor als gewichtiger Grund, von der persönlichen Einvernahme einer Aussageperson abzusehen, wenn sie in "größerer Entfernung" vom Gerichtsort wohnt.³⁵²⁾ In solchen Fällen werden deshalb aus Gründen der Verhältnismäßigkeit die früheren Einvernahmeprotokolle in der Hauptverhandlung verlesen bzw. verwertet. Dabei wird deutlich mehr auf den Gesichtspunkt der entstehenden Kosten geachtet³⁵³⁾, als auf die Bedeutung der zu erwartenden

348) Siehe oben S. 183 f.

349) Vgl. auch Zürcher aaO S. 124; E.Meier, Verfahrensgrundsätze S. 91, der allerdings die Frage aufwirft (aaO S. 92), ob diese "Großzügigkeit" der Ermittlung der materiellen Wahrheit immer förderlich ist, und der sich einen größeren "Fortschritt" in Richtung auf ein unmittelbares Beweisverfahren wünscht. Die kritischen Vorschläge von Gillieron, Recours S. 279 ff für die Waadt sind bis heute nicht aufgenommen worden.- Vgl. ferner Eggenschwiler, Schwurgericht ZStrR 62, 426 (473); Obergericht Schaffhausen Amtsbericht 1973, 88 (92); Kassationsgericht Zürich ZR 49 Nr. 156.

350) Vgl. in diesem Sinne Ratschlag und Entwurf v. 14.5.1926 BS S. 48 ff.

351) Zum Zivilprozeß vgl. Hauser, Zeugenbeweis S. 88; siehe aber das "Konkordat über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe in Zivilsachen" v. 26.4./8.+9.11.1974, Systematische Sammlung des Bundesrechts 1974 Bd.2 Nr.274

352) So BL 128 Ziff. 2; BS 168 II b; SH 206; SG 142 II; UR 37 I; ZH 174, 241; vgl. auch Kassationshof Freiburg Extraits 1961, 192.

353) So ausdrücklich BL und BS (siehe FN 352); Waiblinger aaO Art. 249 Anm. 4; Zürcher aaO S. 100.

Aussage für den Prozeßzweck im Verhältnis zu der Unbequemlichkeit für den Zeugen³⁵⁴⁾. In Zürich wird sogar vom Gesetzgeber eine bestimmte Entfernung vorgegeben, indem vor Bezirksgericht Zeugen nicht vorgeladen werden sollen, wenn sie mehr als 30 km, vor Geschworenengericht, wenn sie mehr als 100 km vom Gerichtsort entfernt wohnen.

(2) Die Vorhaltproblematik

Die prozeßentscheidende Bedeutung der Untersuchungsakten im schweizerischen Strafprozeß zeigt sich selbst in den Fällen, in denen die Gerichte unmittelbare Beweisaufnahmen durchführen. Die Akten können nämlich - abgesehen von den wenigen Prozeßordnungen mit grundsätzlich unmittelbarer Beweisaufnahme - in aller Regel ohne nähere Einschränkung im Rahmen der Vernehmungen verlesen oder sonstwie bekanntgemacht werden. So ist es im Einzelfall kaum möglich, eine zuverlässige Unterscheidung zwischen bloßem Vorhalt und echter Beweisaufnahme durch Urkundenverlesung zu treffen. Die Verwendung der Akten als Vernehmungsbehelf ist zwar durchweg auch ohne gesetzliche Regelung³⁵⁵⁾ zulässig, die Grenze zum Urkundenbeweis verwischt sich aber völlig, wenn einzelne Gesetze³⁵⁶⁾ die Verlesung von Protokollen "zur Aufklärung" gestatten. Zürcher³⁵⁷⁾ warnt mit Recht davor, daß die Verlesung zur Aufklärung leicht zur Umgehung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit mißbraucht werden kann.³⁵⁸⁾ Auch Pfenninger³⁵⁹⁾ hält es für einen Widerspruch zum Prinzip der Unmittelbarkeit und eine

354) Auf letzteres stellt entscheidend die deutsche Praxis ab. Vgl. aber auch BL 128 Ziff. 1 und BS 168 II a, wonach der Beweis über minderwichtige Umstände auch mit früheren Protokollen geführt werden darf.

355) Der Vorhalt wird ausdrücklich erwähnt nur im zürcher geschworenengerichtlichen Verfahren, ZH 241 und im BUND 155 II; ferner GR 112, 116.

356) Z.B. BE 249 Ziff. 3; SH 205 II.

357) AaO S. 109, 116

358) Die Verlesung "zur Aufklärung" sei streng zu trennen von der "Verlesung zum Zwecke der Beweisaufnahme".

359) Probleme S. 138 f.

unnötige Komplizierung der Beweisverhandlung, wenn etwa in der Praxis der zürcher Schwurgerichte es sich eingebürgert habe, "dem Angeklagten gleich zu Beginn alles vorzuhalten, was an Belastungsmaterial in den Straftaten ist".³⁶⁰⁾ Bedenklich gerade gegenüber Laienrichtern gehen solche Verlesungen oft über den Zweck eigentlicher Vorhalte hinaus, wenn auch Zeugenaussagen verlesen werden, die noch gar nicht in die Hauptverhandlung eingeführt wurden.³⁶¹⁾ Das zürcher Kassationsgericht³⁶²⁾ billigt dieses Verfahren grundsätzlich, betont allerdings, solche Vorhalte entbehrten der Beweiskraft, "wenn sie sich nicht auf in der Verhandlung abgehörte Zeugen oder Expertengutachten" stützten.³⁶³⁾

Abgesehen von dieser allgemeinen Aktenfreundlichkeit auch bei unmittelbaren Beweisaufnahmen vor Gericht³⁶⁴⁾ finden wir natürlich auch - vereinzelt - gesetzliche Regelungen zu den Fällen, in denen sich Zeugen nicht mehr erinnern, oder in denen Widersprüche aufzuklären sind. Zu dem ersten Fall sticht besonders hervor die Vorschrift des Art. 249 IV der berner StPO, wonach

- 360) Pfenninger erwähnt einen Fall, in dem dieses Verhör etwa drei Tage gedauert habe! - Das Obergericht Bern hat in der in ZBJV 88, 122 ff wiedergegebenen Entscheidung ein Urteil eines Amtsgerichts deshalb aufgehoben, weil dort zunächst sämtliche Untersuchungsprotokolle "in extenso verlesen und hernach der Privatkläger und der Angeschuldigte bloß zu einzelnen Punkten befragt" wurden.
- 361) Pfenninger hält dies für einen Rückfall in alte Inquisitionsmethoden, die bezweckten, den Angeklagten zum Geständnis zu bringen. Ablehnend für das freiburger Strafverfahren auch Zbinden, Kassationsbeschwerde S. 77.
- 362) ZR 40 Nr. 55 (S. 127).
- 363) Die Bedenken Pfenningers sind durch diese Einschränkung nicht ausgeräumt. Deutlicher allerdings eine spätere Entscheidung desselben Gerichts im Rechenschaftsbericht des Obergerichts 1970 Nr. 44 (S. 303): Vorhalte sind grundsätzlich zulässig, wenn die Aussageperson darüber und dazu eine Stellungnahme abgeben kann und der Schuldanspruch sich nur auf diese Stellungnahme und nicht auf den Vorhalt stützt.
- 364) Als weiteres Beispiel für viele mag Luzern dienen. Ist der Zeuge in der Hauptverhandlung anwesend, so soll ihm zunächst die in der Untersuchung abgelegte Aussage vorgelesen werden. Dann soll er sie von sich aus ergänzen oder berichtigen, um schließlich zu Ergänzungsfragen zur Verfügung zu stehen. Dieses Verfahren wird Forts.S. 196

frühere Protokolle zu verlesen sind, wenn es die Aussageperson selbst verlangt. Das eröffnet offensichtlich die Gefahr, daß auf Initiative der Aussageperson deren unmittelbare Aussage vor Gericht lediglich in einer Bezugnahme oder Bestätigung besteht. Im übrigen hat die Anordnung der Verlesung stets vom Gerichtsvorsitzenden auszugehen.³⁶⁵⁾

Auch die Protokollverlesung zur Behebung von Widersprüchen gehört zu den Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz, die besonders in den von diesem Grundsatz beherrschten Verfahrensordnungen erwähnt wird.³⁶⁶⁾ Im Gegensatz zum deutschen Recht (§§ 253 II und 254 II) ist nicht vorgeschrieben, daß das Gericht vor der Verlesung erst alle anderen Möglichkeiten zur Behebung der Widersprüche in der Hauptverhandlung ausschöpfen soll.³⁶⁷⁾ Nach wohl herrschender Auffassung handelt es sich bei diesen Verlesungen nicht um bloße Vorhalte³⁶⁸⁾, sondern um echte Fälle des Urkundenbeweises³⁶⁹⁾, die allerdings nie selbständig, sondern allenfalls ergänzend und in Verbindung mit der unmittelbaren Aussage gewertet werden sollen. Das wird man ohne Einschränkung zumindest für die von der Unmittelbarkeitsidee geprägten Verfahrensordnungen sagen können.³⁷⁰⁾

Forts.FN 364; durch § 189 StPO indiziert. Die freie Einvernahme der Zeugen ist nicht vorgeschrieben, wird aber von einigen Gerichten praktiziert. Vgl. dazu Emil Lerch, Strafrechtverfahren ZStrR 58, 436 (453 ff).

365) Vgl. SH 205 II; SZ 91 II; VA 130 III; BUND 160; MStGO 151.

366) BL 128 Ziff. 3; BS 168 II c; BE 249 Ziff. 3; FR 37 Ziff. 1 2. Halbsatz; SH 205 II; MStGO 148; ferner GL 118; SZ 91 II; TG 168; VA 130 III; BUND 160.

367) Lediglich GL 118, VA 130 IV und MStGO 148 deuten neben der Verlesungsmöglichkeit an, daß die anwesenden Aussagepersonen zu den Widersprüchen zu hören sind.

368) A.A. offenbar Hauser, Zeugenbeweis S. 288 FN 72, der VA 130 III ebenso wie § 253 der deutschen StPO als Fälle des Vorhalts bezeichnet.

369) Vgl. Zbinden aaO S. 77; Zürcher aaO S. 105.

370) Interessant sind vor allem die Formulierungen in BL 128 Ziff. 3 und BS 168 II c: Die protokollierte Aussage darf verlesen "und der Einvernommene zu einer Erklärung über den Widerspruch veranlaßt werden". - Vgl. auch Zürcher aaO; Haefliger aaO Art. 148 Anm. 2, Art. 150 Anm. 2, Anm. zu Art. 151; Zbinden aaO; Kassationshof Freiburg Extraits 1961, 192 mwN.

S C H L U S S B E T R A C H T U N G

und

Zusammenfassung

I -- Die Prozeßtypen der Schweiz im Spiegel einiger ausgewählter Gesetzgebungsmaterialien

Im Rahmen der EINFÜHRUNG¹⁾ wurde versucht, die in der Schweiz vorkommenden Verfahrensgestaltungen nach dem Grad der Verwirklichung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zu systematisieren. Im Verlauf der Untersuchung hat sich dann gezeigt, daß eine solche Systematisierung variabel sein muß, da sich die Akzente verschieben, je nachdem welches Element des vielschichtigen Unmittelbarkeitsgrundsatzes man in den Vordergrund stellt.²⁾ Wenn zum Abschluß der Untersuchung eine endgültige Systematisierung unter Einschluß aller Einzelergebnisse unterlassen wird, so deshalb, weil das in der hier notwendigen Kürze nicht zu leisten wäre, und weil jede Systematik dem in seiner Gesamtheit undogmatischen und flexiblen schweizerischen Strafprozeß ein Korsett anlegen würde, das ihm unangemessen ist.

Eine ähnliche Einstellung hatten auch die meisten kantonalen Gesetzgeber, als sie sich gegen die Einführung der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme als verbindliches Prozeßprinzip entschieden.

So hat das Zürcher Obergericht in einer Vernehmlassung zur Strafprozeßrevision 1966 ausgeführt, die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme sei zwar kein dem Schwurgericht vorbehalten Vorzug und könne auch für anders organisierte Strafgerichte Geltung haben. Sie sei aber in keinem Fall Selbstzweck, sondern zeige allenfalls einen der verschiedenen Wege zur Erforschung der materiellen Wahrheit auf. Das Obergericht meint weiter:

1) Oben S. 23/24

2) Vgl. auch eine Systematisierung aus schweizerischer Sicht von Hauser, Teilnahme der Parteien, SJZ 1975, 341 (347 ff) und eine aus deutscher Feder von Manke, Gerichtliche Voruntersuchung S. 170 f.

Sofern die Erforschung der materiellen Wahrheit als letztes Ziel des Strafprozesses einen Rückgriff auf die Akten nötig macht, darf dem Richter im Interesse der Sache die Akteneinsicht nicht unter Berufung auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens verwehrt werden.

Der Regierungsrat des Kantons Zürich pflichtete dem bei: Ein richtiges Urteil sei wichtiger als die Durchsetzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit. Deshalb solle das unmittelbare Beweisverfahren ergänzt werden durch eine unbeschränkte Akteneinsicht seitens des Gerichts.³⁾

Gegen einen verbindlichen Unmittelbarkeitsgrundsatz hat man sich auch in Appenzell-Außerrhoden im Zuge der Revisionsarbeiten 1977 ausgesprochen, weil den Gerichten die Verpflichtung zur Abnahme der Beweise in der Hauptverhandlung "erspart" werden soll.⁴⁾

Die Abneigung der kantonalen Gesetzgeber gegen jede prinzipielle Regelung der strafprozessualen Einzelfallentscheidung zeigt sich sehr anschaulich in der Diskussion um das Für und Wider der Akteneinsicht für Geschworene:

Im Kanton Aargau etwa empfand man es als Überspannung des "Grundsatzes der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit", daß es nach dem alten Schwurgerichtssystem nicht möglich war, den Geschworenen die unter dem frischen Eindruck der strafbaren Handlung abgefaßten Untersuchungsakten bekannt zu geben oder bei ihnen in Zirkulation zu setzen. Zur Begründung verwies man darauf, daß es von vielen Zufälligkeiten abhängt, ob die Beweisführung vor Schwurgericht ebenso zuverlässig möglich ist wie in der Untersuchung.⁵⁾ An dieser Auffassung hat man auch gegen Bedenken festgehalten, weil man in der Aktenkenntnis aller Richter eine der Kautelen gegen die Gefahr von Fehlurteilen sah.

3) Vgl. Weisung zum Antrag v. 13.1.1966 ZH S. 154

4) Entwurf des Regierungsrates v. 10.5.1977 AR S. 9

5) Begründung E 1956 AG S. 8

Aargau hat lange Zeit als einziger schweizerischer Kanton die Aktenzirkulation auch vor Geschworenengericht durchgeführt.⁶⁾ Das wurde auch in Zürich erwogen und für wünschenswert gehalten; allein hat man dort aus praktischen Gründen darauf verzichtet, weil die Geschworenen keine Übung im Aktenlesen hätten und sie das volle Pensum der Akten in der Verhandlung auch nicht bewältigen könnten. Obwohl ausdrücklich als Nachteil empfunden, hat man in Zürich die Akteneinsicht für die Geschworenen beschränkt auf die Akten, die Gegenstand der Hauptverhandlung waren.⁷⁾

Es sind immer wieder praktische Gründe, die aus schweizerischer Sicht gegen die Festlegung auf das Unmittelbarkeitsprinzip sprechen, auch wenn man sich gegen den die richterliche Erkenntnistätigkeit belastenden ausschließlichen Aktenprozeß⁸⁾ aus Überzeugung ausgesprochen hat. Die unbeschränkte Unmittelbarkeit komme nicht in Betracht, weil die Akten sehr oft bereits spruchreif seien und nur noch durch eine persönliche Befragung des Angeklagten⁹⁾ ergänzt werden müßten.

- 6) Vgl. Bericht E 1956 2. Beratung AG S. 10. -- Soweit man sich auf die Frische und Zuverlässigkeit der Untersuchungsakten beruft, erscheint diese Argumentation oberflächlich, weil sie alle auch in der Schweiz bekannten Bedenken gegen die angebliche Vereinbarkeit von Aktenkenntnis und Unmittelbarkeit ignoriert. -- Siehe dazu Zürcher, Bemerkungen S. 206. Das Geschworenengericht selbst ist durch Volksabstimmung vom 4.12.77 abgeschafft worden; vgl. oben S. 112.
- 7) Weisung zum Antrag v. 13.1.1966 ZH S. 154. -- In Zürich wird durchaus anerkannt, daß das unmittelbare Beweisverfahren in seinem Wert auf der eigenen sinnlichen Wahrnehmung der Parteien und Zeugen durch das Gericht beruht. Es wird daher empfohlen, von einem unmittelbaren Beweisverfahren dort abzugehen, wo die prozeßbestimmenden Elemente des Personalbeweises fehlen (z.B. in Wirtschaftsstrafsachen, die sich mit der Würdigung komplizierter urkundlicher Vorgänge befassen). Vgl. Weisung zum Antrag v. 29.3.1972 ZH S. 29
- 8) So die Erwägungen in Thurgau bei der Einführung des beschränkt unmittelbaren Erkenntnisverfahrens. Vgl. Botenschaft v. 27.11.1962 TG S. 7, 13; Volksabstimmung v. 7.2.1971 TG S. 5
- 9) Die Notwendigkeit zur eingehenden und zuverlässigen Erforschung der Täterpersönlichkeit aufgrund des Verschuldensstrafrechts war eine der Haupttriebfedern für den Ausbau der kontradiktorischen Elemente der Hauptverhandlung in Aargau, was allerdings zunächst nur zu einer notwendigen mündlichen Hauptverhandlung in Anwesenheit des Angeklagten führte. Vgl. Begründung E 1956 AG S. 5, 19

Damit wird jedoch stillschweigend das Bestreben der Untersuchungsrichter gutgeheißen, die Untersuchung urteilsreif abzuschließen.

Ein unmittelbares Beweisverfahren vor Gericht wird nur in bestrittenen oder mangelhaft aufgeklärten Fällen für notwendig gehalten.¹⁰⁾ Bei geständigen Beschuldigten will man ein gerichtliches Beweisverfahren selbst dann nicht unbedingt durchführen, wenn das Geständnis in der Verhandlung widerrufen wird.¹¹⁾

Was den meisten kantonalen Gesetzgebern vorschwebte, ist in etwa in der Botschaft des Staatsrates von Wallis aus dem Jahre 1946¹²⁾ zusammengefaßt:

Der Strafrichter, der die materielle Wahrheit suchen soll, muß sich an die lebendige Wirklichkeit der Dinge halten, die ihm nur das "mündliche" Verfahren vermittelt. Allerdings fordert der Grundsatz der Unmittelbarkeit nur die Abnahme der mündlichen Beweise (Zeugen, Sachverständige, Angeklagter) vor dem urteilenden Gericht.

Dieser Grundsatz kann aber wegen der damit verbundenen hohen Kosten nicht vollständig durchgeführt werden, auch darf die Anzahl der erforderlichen Sitzungen nicht zu einer Überforderung der Gerichte führen. -

Deshalb soll vor Gericht nur eine Vervollständigung der Beweise stattfinden, indem minderwichtige Beweise den Akten entnommen werden und in geständigen Fällen eine Beweisaufnahme entfällt. Eine Verlesung der Untersuchungsakten muß immer dann möglich sein, wenn entweder der Vorsitzende oder die Parteien auf eine mündliche Abhörung der Zeugen verzichten.¹³⁾

10) Botschaft v. 27.11.1962 TG S. 19; die dadurch entstehende fühlbare Mehrbelastung der Gerichte müsse man notgedrungen in Kauf nehmen.

11) Zug Entwurf 1874 S. 7 ff. - Der zuglerische Entwurf von 1874 sah übrigens ein konsequenteres unmittelbares Beweisverfahren vor, als es später (nach zwei weiteren Entwürfen 1889 und 1907) im Jahre 1940 Gesetz geworden ist. Das damals ausdrücklich vorgesehene Verlesungsverbot (E 1874 § 60) entfiel und wurde "ersetzt" durch die Möglichkeit einer vorgängigen Aktenzirkulation und durch die Befugnis des Vorsitzenden, nach seinem Ermessen Akten verlesen zu lassen.

12) Botschaft v. 26.4.1946 VA S. 4 f

13) Diese Grundgedanken sind im wesentlichen der Bundesstrafprozeßordnung von 1934 entnommen; Vgl. Botschaft v.

In diesen Grundzügen erkennt man deutlich die Verwandtschaft zu den preußischen Entwürfen von 1828, 1828/29 und 1841,¹⁴⁾ die nicht nur im Wallis zur Grundlage für die eigenen Entwürfe gemacht worden sind.

Das bewußt flexibel gehaltene Beweisverfahren in der Hauptverhandlung ist in den jüngeren Gesetzesrevisionen kaum ernsthaft in Frage gestellt worden, denn Verbesserungen sind fast immer im Bereich der Voruntersuchung gesucht worden, die - entsprechend ihrer prozeßentscheidenden Bedeutung - die Verteidigungsrechte des Angeklagten und die Elemente der Parteiöffentlichkeit verstärken soll.¹⁵⁾ Dabei hat man sich vor allem am Beispiel Zürichs orientiert. Trotz gelegentlicher Andeutungen in der Literatur wird die parteiöffentliche kontradiktorische Voruntersuchung offenbar nicht als gleichwertiges Surrogat für ein unmittelbares Beweisverfahren angesehen¹⁶⁾, denn auch die Kantone mit grundsätzlich unmittel-

14) Siehe oben EINFÜHRUNG S. 7

15) Vgl. Teilrevision 1974 GR S. 3 ff; Bericht und Antrag 1969, S. 4, 8

16) Es kann zugegeben werden, daß ein in parteiöffentlicher oder gar kontradiktorischer Voruntersuchung zustande gekommenes Protokoll in weit höherem Maße die Gewähr für die Qualität und Richtigkeit des Aufgenommenen bietet, als dies bei geheimer Untersuchung der Fall wäre. Gleichwohl ist das Postulat der parteiöffentlichen Voruntersuchung keine notwendige Folge der Frage, ob ein unmittelbares Beweisverfahren vor Gericht stattfindet oder nicht. Beide Institute dienen auf ihre Weise der Qualität der Wahrheitsfindung. Bei der Parteiöffentlichkeit überwiegt jedoch eindeutig die rechtsstaatliche Garantiefunktion, wonach nämlich das Strafverfahren in jedem Stadium durchschaubar und kontrollierbar sein soll. Die Erfüllung dieser Funktion ist und bleibt notwendig, auch wenn sich das gerichtliche Erkenntnisverfahren in der grundsätzlich unmittelbaren Form abspielt, weil im wesentlichen in der Untersuchung die Weichen für das spätere Urteil gestellt werden. Eine Ersatzfunktion für die fehlende Unmittelbarkeit kann die Parteiöffentlichkeit deshalb nicht haben, weil sie zwar dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger einen umfassenden Eindruck von den Beweismitteln gibt, nicht aber dem Richter, auf dessen Eindruck es nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung allein ankommt. Denn auch wenn die parteiöffentlich zustande gekommenen Protokolle noch so klar und ausführlich sind, so ersetzen sie doch den Wert des gesprochenen Wortes und des Eindrucks von dem Verhalten des Aussagenden vor dem Richter nicht vollständig.

barem Beweisverfahren streben einen Ausbau der Parteiöffentlichkeit in der Voruntersuchung an.¹⁷⁾ --

Während die nach Zweckmäßigkeitserwägungen eingeschränkte Unmittelbarkeit, sowie deren Verbesserung durch die parteiöffentliche Voruntersuchung als vorherrschende Tendenz der modernen schweizerischen Strafprozeßgesetzgebung gelten kann, ist die Hauptverhandlung mit garantierter unmittelbarer Beweisaufnahme ein gesetzgeberisches Ergebnis im wesentlichen aus einer Zeit, in der der schweizerische Strafprozeß sich auf der Suche nach einem eigenständigen Weg noch an den Prozeßgesetzen der großen Nachbarn Frankreich und Deutschland orientierte.¹⁸⁾ Dafür steht als deutlichstes Beispiel die StPO von Schaffhausen aus dem Jahre 1909, deren Struktur sich stark an das deutsche Vorbild anlehnt.¹⁹⁾ Rechtsanwalt Bolli, der Verfasser des offiziellen Entwurfs, hielt die Kompliziertheit der modernen Prozeßsachverhalte für ein starkes Argument zugunsten des unmittelbaren Erkenntnisverfahrens, weil sich die Erinnerung der wirklichen Vorgänge oft erst "bei einer Art Wiederaufführung der Szene bei unmittelbarer mündlicher Verhandlung" ergibt. Auf die Unzulänglichkeit der vermittelnden Protokolle anspielend vertrat er die Ansicht, die Rekonstruktion des Sachverhalts durch Protokolle sei schwerfälliger und weniger authentisch.²⁰⁾ Seinen Ausführungen liegt die Überzeugung von der erkenntnistheoretischen Überlegenheit des unmittelbaren Verfahrens zugrunde, wenn er eine Berechtigung der Schriftlichkeit allenfalls für das Vorverfahren anerkennen will, wo es sich nur um "Nebendinge" handeln soll. Die lebendige Feststellung von Tatsachen, die auf Schuld und Strafe Einfluß haben, wollte Bolli allein der Hauptverhandlung vorbehalten.²¹⁾

17) Vgl. Lifschitz, Neuerungen, SJZ 1975, 201 ff; Hauser, Teilnahme der Parteien, SJZ 1975, 341 (347).

18) Diese Phase erscheint erst mit dem Erlaß der Bundesstrafprozeßordnung von 1934 abgeschlossen.

19) Bolli II S. 138 ff; Zürcher, Bemerkungen S. 172 f

20) Bolli I S. 108

21) Bolli I S. 115

Zur Absicherung der Vorrangigkeit der Hauptverhandlungsergebnisse hielt er ein ausdrückliches Verbot der Aktenzirkulation für erforderlich²²⁾ und versuchte, die praktischen Bedenken seiner Kritiker mit der Versicherung auszuräumen, die unmittelbare Abnahme der Beweise in der Hauptverhandlung erfordere nicht mehr Zeit, als bisher das Aktenlesen durch alle Richter in Anspruch genommen hatte.²³⁾ Im Anschluß daran hat später die baselstädtische Großratskommission 1929 ausgeführt, wenn nunmehr lediglich der Präsident die Akten lese, so wisse er aus vielfacher Erfahrung, daß ihm dies nur die Gewinnung einer vorläufigen Ansicht erlaube, weil sich "das Ergebnis des Prozesses durch die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung völlig verändern" könne.²⁴⁾

Vor dem Hintergrund dieser durchaus gegensätzlichen gesetzgeberischen Einschätzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes wird man die im folgenden zusammengefaßten Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung zu würdigen haben.

II -- Die Elemente des Grundsatzes der Unmittelbarkeit in vergleichender Gegenüberstellung --

Da sich die erkenntnistheoretische Einschätzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit in der Literatur in Deutschland und in der Schweiz nahezu gleicht und auch auf die gleichen Quellen zurückgeht, sollen nachfolgend im wesentlichen noch einmal die Gemeinsamkeiten und Abweichungen in der gesetzlichen Regelung und ihrer praktischen Durchführung aufgegriffen werden.

a) Das Verhältnis der Unmittelbarkeit zu den wichtigsten Verfahrensgrundsätzen

1. Während in Deutschland die gleichzeitige und ständige Anwesenheit der Parteien in einer kontradiktorischen

22) Zustimmend Zürcher, Bemerkungen S. 206, der den Grundsatz der Beweisunmittelbarkeit ohne ein solches Verbot für nicht durchführbar hielt.

23) Bolli II S. 151

24) BS Bericht 1929 S. 67

Hauptverhandlung als selbstverständliches Element des Mündlichkeitsprinzips angesehen wird, kennt nur die Minderzahl der Kantone die obligatorische Parteiverhandlung.²⁵⁾ Bis auf den BUND und Uri sind das alles Prozeßordnungen mit einem beweisunmittelbaren Verfahren. Die übrigen Kantone halten nur in schweren Fällen und bei gerichtlichen Beweisaufnahmen eine Parteiverhandlung für notwendig. Korrespondierend hierzu bemüht man sich um einen Ausbau der parteiöffentlichen Voruntersuchung.

Die strenge Forderung des Mündlichkeitsprinzips, es dürfe nur das zur Urteilsgrundlage gemacht werden, was in der Verhandlung vorgetragen, verlesen und erörtert worden sei²⁶⁾, ist lediglich in Deutschland, Basel-Stadt, Bern und Schaffhausen verwirklicht. Eingeschränkt ist sie in Freiburg, Graubünden, Genf und Neuenburg. Basel-Land läßt bei schwierigen Urkundenprozessen ausnahmsweise Aktenzirkulation zu. In der übrigen Schweiz wird diese Forderung des Mündlichkeitsgrundsatzes entweder durch zwingende Aktenzirkulation²⁷⁾ unterlaufen oder flexibel auf Antrag außer Kraft gesetzt. Oft ist es auch nur eine Zeitfrage, ob man sich für das schnelle Verlesen der Akten oder für die schwerfälligere Aktenzirkulation entscheidet. Überwiegend gilt, daß die Verlesung des spruchreif vorgeklärten Aktenmaterials als Förmlichkeit angesehen wird. Wie ganz allgemein der Unmittelbarkeitsgrundsatz, ist auch das Mündlichkeitsprinzip eher vorgesehen als vorgeschrieben.²⁸⁾

2. Zwischen der Konzentrationsmaxime und dem Unmittelbarkeitsgrundsatz besteht eine Wechselbeziehung: Je zügiger das Verfahren und die Hauptverhandlung ablaufen, desto frischer ist der Eindruck, aufgrund dessen das Gericht entscheidet. Auch wenn diese Fälle in Deutschland tendenziell häufiger sind, so wird man doch in beiden Ländern bei

25) Siehe oben S. 38 ff

26) Auch wenn den Parteien der Verhandlungsstoff durch Akten-einsicht schon bekannt ist.

27) Vgl. oben HAUPTTEIL A S. 46 FN 71

28) Vgl. Nägeli, Strafuntersuchung, Kriminalistik 1970, 413 (414), der betont, die meisten Gesetze ließen durchaus die Möglichkeit zu mehr Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, sie müßten nur in diesem Sinne angewendet werden.

mehrtägigen Prozessen nicht umhin können, zwischenzeitlich auf das Hauptverhandlungsprotokoll zurückzugreifen, womit der unmittelbare Eindruck weitgehend verloren ist.

Die zulässige Prozeßunterbrechung beträgt in Deutschland 10 Tage²⁹⁾, in der Schweiz schwankt sie zwischen 1 Monat (Graubünden), 2 Wochen (Zürich) und 72 Stunden (Geschworenengericht Bern). Wird diese Frist überschritten, so muß nur nach den Verfahrensordnungen mit zwingend unmittelbarem Verfahren (Deutschland, beide Basel, Bern, Schaffhausen) das Verfahren wiederholt werden.³⁰⁾ Eine schweizerische Besonderheit ist es, daß bei der neuen Verhandlung bereits erledigte Vorfragen nicht erneut behandelt werden, und daß im allseitigen Einverständnis das Protokoll der ersten Verhandlung verlesen werden darf. Die Hauptverhandlungsdauer infolge schwieriger Beweislage ist in der Schweiz im Durchschnitt ein geringeres Problem, weil in den meisten Kantonen die Akten zur ergänzenden Untersuchung zurückverwiesen werden können, auch wenn die Hauptverhandlung bereits begonnen hat. Zwar gelten auch in diesen Fällen die gesetzlichen Unterbrechungsfristen (soweit vorhanden). Diese Gestaltung führt aber über eine Art Rückkoppelung dazu, daß die Untersuchung von vornherein so gründlich und vollständig geführt wird, daß ein "zweckmäßiger" und zügiger Ablauf der Hauptverhandlung allein aufgrund der Akten gewährleistet ist (z.B. Bezirksgericht Zürich).³¹⁾ Obwohl die Problematik des überlangen Strafverfahrens nicht allein als Auswirkung des Unmittelbarkeitsprinzips zu sehen ist, bleibt doch ein unübersehbarer Zusammenhang.³²⁾

Soweit die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung das Kernstück des Strafverfahrens ist, so verlangt dies nach strenger Beachtung des Prinzips der Einheitlichkeit der Verhandlung, mithin nach ständiger und ununterbrochener Anwesenheit der erkennenden Richter. In Deutschland ist dies gesetzlich ohne weiteres gewährleistet, führt jedoch oft, besonders in Großverfahren, zu komplizierten vorbereitenden Personalplanungen.

29) Bei Großverfahren gestaffelt nach Verhandlungsdauer 30 Tage und mehr. Zur besonderen Problematik der Großverfahren vgl. Oetker, Mündlichkeit, GS 105, 1 ff

30) Auf Antrag einer Partei in Graubünden, Wallis und Zürich.

31) Siehe oben S. 54 FN 103

32) Siehe oben S. 55 FN 108; S. 57

Liegt dagegen der Schwerpunkt der richterlichen Erkenntnistätigkeit in der Kenntnisnahme der Akten, so bedarf es, wie durchweg in der Schweiz, keiner strengen Durchführung der richterlichen Anwesenheitspflicht. Exemplarisch hierfür sind die Verhältnisse in Luzern, jedoch auch in Bern³³⁾, wo nur eine bestimmte Mindestzahl der Richter an den wesentlichen Parteiverhandlungen teilgenommen haben muß. Anders als bei der Konzentrationsmaxime ist ein enger Zusammenhang zum Grundsatz der Unmittelbarkeit nicht erkennbar (siehe das Beispiel Bern). Allgemein gilt der vom Bundesgericht³⁴⁾ geprägte Grundsatz, daß dort, wo ein Richter an Parteiverhandlungen nicht teilnehmen konnte, die Kenntnisnahme der Hauptverhandlungsprotokolle genügt, soweit sie die Ergebnisse auch inhaltlich fixieren (das ist allerdings nur in den wenigsten Kantonen der Fall)³⁵⁾. Die Institution des Ersatzrichters wird in beiden Ländern im wesentlichen gleich gehandhabt, mit der Besonderheit, daß in der Schweiz auch der Gerichtsschreiber einspringen kann.³⁶⁾

3. Als Teilaspekt des rechtlichen Gehörs wurde die Anwesenheitspflicht des Angeklagten behandelt. Nach dem deutschen System ist die Anwesenheit des Angeklagten wegen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit eine prozeßrechtliche Notwendigkeit. Die Schweiz vertritt zwar durchweg eine prinzipielle Anwesenheitspflicht des Angeklagten, das wird aber aufgewogen durch das weitverbreitete Kontumazialverfahren, was allerdings nicht Folge der geringer ausgebildeten Unmittelbarkeit ist, sondern eher als eine Art Sanktion für staatsbürgerlichen Ungehorsam angesehen werden muß.³⁷⁾

Zwischen dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung und dem Unmittelbarkeitsgrundsatz besteht nach deutschem Verständnis eine organische Wechselbeziehung.

33) Siehe oben S. 59 FN 126

34) Vgl. S. 62 ff

35) Vgl. Hauser, Protokollierung, ZStrR 82, 158 (168 ff)

36) Vgl. S. 64 (6.1)

37) Vgl. S. 72 FN 177; S. 73 FN 183

Wenn der Richter, so wird gesagt, vor der verantwortungsvollen Aufgabe stehe, die Tatsachen frei zu würdigen und zu einer eigenen sicheren Überzeugung von Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu kommen, so könne er dem nur gerecht werden, wenn er selbst die zu beurteilenden Tatsachen ohne jede trübende Vermittlung wahrgenommen habe.

Daß jedoch der Grundsatz der Unmittelbarkeit vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung her gesehen nicht als unabdingbare prozeßrechtliche Notwendigkeit empfunden werden muß, zeigt deutlich die schweizerische Lehre und Praxis. Dort geht man zwar auch vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung aus, hält jedoch ohne große grundsätzliche Bedenken die persönliche Anschauung des Richters von den Beweismitteln für entbehrlich. Unausgesprochen spricht daraus die Überzeugung, der fehlende persönliche Eindruck sei kein Nachteil, weil Protokolle und Akten einen engeren zeitlichen Zusammenhang zur Tat hätten.

Wie bereits mehrfach erwähnt, erkennt man zwar zum Teil auch, daß die konsequente und umfassende richterliche Beweiswürdigung eine Verstärkung der Unmittelbarkeitsidee in der Hauptverhandlung bedingen würde, man scheut aber diesen Schritt wegen der befürchteten Steigerung der Justizkosten.

b) Die praktische Bedeutung der formellen Unmittelbarkeit

1. Die uneingeschränkte geistige Anwesenheit des Richters, der selbst die für die Entscheidung wesentlichen Umstände im Wege der Beweisaufnahme erfährt, ist die notwendige Ergänzung zur ständigen (körperlichen) Anwesenheitspflicht (Grundsatz der Verhandlungseinheit). Ist die Wahrnehmungsfähigkeit eingeschränkt durch absolute Sinnesmängel wie Taubheit oder Blindheit, so fehlen entscheidende Voraussetzungen für die unmittelbar-eigene Wahrnehmung aller Umstände. Grundsätzlich ist daher der blinde oder taube Richter in der Funktion als erkennender Richter ungeeignet. Während die schweizerische Praxis diesen Unfähigkeitsgrund uneingeschränkt vertritt, hat insbesondere die

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus sozialen Erwägungen heraus für blinde Richter zumindest die revisionrichterliche Tätigkeit eröffnet und läßt im Einzelfall sogar die tatrichterliche Tätigkeit im Kollegialgericht zu, soweit es nicht um speziell aufgesuchte entscheidungserhebliche visuelle Eindrücke geht. Innerhalb der Kollegialgerichte ist es daher möglich, daß Wahrnehmungsmängel des einen Richters ausgeglichen werden durch die Gesamtheit der Eindrücke aller Richter.

Recht weitherzig behandelt die deutsche Praxis den unaufmerksamen, schlafenden oder abgelenkten Richter. Daß es sich hier nicht nur um Verstöße gegen Richtertugenden handeln kann, wird zumeist unter dem Deckmantel der "Beweisschwierigkeiten" versteckt. -- In der Schweiz ist es die relativ großzügige Auslegung des Grundsatzes der Verhandlungseinheit, die auch bei relativen Wahrnehmungsmängeln einen strengen Standpunkt nicht verlangt. Man verläßt sich hier auf die komplementären Eindrücke innerhalb eines Kollegialgerichts bzw. auf die Möglichkeit, Versäumtes im Protokoll nachzulesen. Insgesamt gesehen scheint die mit dem "schlafenden Richter" begründete Revisionsrüge in Deutschland mit seiner tendenziell längeren Hauptverhandlung häufiger erhoben zu werden als in der Schweiz.

2. Kaum praktische Unterschiede ergeben sich in der Frage der Verwertung privaten richterlichen Wissens. Vorrangig ist in jedem Fall eine evtl. Zeugenfunktion des Richters. Im übrigen werden in beiden Ländern unbeschränkt Vorhalte aus dem privaten Wissen des Richters zugelassen. Bemerkenswert ist lediglich, daß aufgrund einer nicht unangefochtenen Praxis in Basel-Stadt, Genf und Zürich die Unvereinbarkeit von Richteramt und Zeugenstellung nur auf Rüge zu beachten ist.

3. Während sich die deutsche Praxis bei der Problematik der angeblich allgemein- oder gerichtskundigen Tatsachen im Zweifel stets für deren Beweisbedürftigkeit entscheidet und das Problem im übrigen auf die nicht unmittelbar schuld- und tatbestandsrelevanten Tatsachen beschränkt, ist man für das schweizerische Recht auf Mutmaßungen angewiesen. Die

auch für das Beweisanspruchsrecht geltenden Maximen Zweckmäßigkeit, Notwendigkeit und Erheblichkeit sind nämlich insoweit noch nicht konkretisiert worden. Die im Durchschnitt geringere eigene Beweistätigkeit der schweizerischen Gerichte dürfte nicht ohne Rückwirkungen auf die Behandlung der notorischen Tatsachen bleiben, so daß man sich möglicherweise eher gegen als für die Beweisbedürftigkeit entscheidet.

4. Die richterliche Aktenkenntnis ist eines der zentralen Probleme des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Während man in beiden Ländern die Aktenkenntnis zumindest des Vorsitzenden als notwendige Voraussetzung für eine souveräne Verhandlungsführung ansieht, begegnet jede darüber hinausgehende Aktenkenntnis allein in Deutschland mit seinem streng durchgeführten unmittelbaren Beweisverfahren Bedenken wegen der Gefahr einer "Vorprägung" des Richters. Diese Gefahr ist in Deutschland durch die Verpflichtung zu eigenen Beweiserhebungen in der Hauptverhandlung weitgehend neutralisiert. --

In der Schweiz hingegen hat die Aktenkenntnis - abgesehen von wenigen Kantonen³⁸⁾ - eine deutliche Erkenntnisfunktion. Wie bereits im Zusammenhang mit den Urteilsgrundlagen festgestellt³⁹⁾, ist das ausgeprägte Institut der Aktenzirkulation ein Zeichen dafür, daß die vom Unmittelbarkeitsgrundsatz geforderte prinzipielle Unverwertbarkeit des Aktenmaterials von der überwiegenden schweizerischen Praxis als unerträgliche Fessel empfunden wird, die man allenfalls im geschworenen gerichtlichen Verfahren (widerwillig) hinzunehmen bereit ist.⁴⁰⁾

Selbst dort, wo man sich von Gesetzes wegen dem Grundsatz der Unmittelbarkeit verpflichtet fühlt, wirkt sich die vollständige richterliche Aktenkenntnis in der Praxis unweigerlich in Richtung auf ein mittelbares Beweisverfahren aus, weil das Korrektiv der verpflichtend unmittelbaren Beweisaufnahme fehlt. Ist nämlich dem Gericht die Entscheidung überlassen, ob ihm die Aktenkenntnisse genügen, so wird es sich in der Regel aus praktischen Erwägungen heraus gegen

38) BL, BS, BE, FR, GE, NE, SH, TI, VD und auch MStGO

39) Vgl. S. 46 und S. 111 FN 365

40) Vgl. auch oben in diesem Abschnitt I

eigene Beweismaßnahmen entscheiden. Dem generell nur fakultativ unmittelbaren Verfahren der Schweiz wohnt deshalb die Tendenz zur Mittelbarkeit inne. Im Bereich der Aktenkenntnis wirkt sich das herrschende "zweckmäßige" Verfahren als stärkster Einbruch in den Unmittelbarkeitsgrundsatz aus.

5. Die Untersuchung im Bereich der Massenmedien⁴¹⁾ hat gezeigt, daß in Deutschland die Einflußmöglichkeiten etwa der Presse auf ein unmittelbares Beweisverfahren vor allem bei längerer Verfahrensdauer eine ungleich kritischere Behandlung erfahren als in der Schweiz. Hier muß man den Eindruck gewinnen, daß ein gewachsenes (und auch gesetzlich kontrolliertes) Vertrauensverhältnis zwischen Presse und Justiz besteht, was insbesondere wegen des starken Laienelements in der schweizerischen Justiz erstaunt, aber auch Anerkennung verdient.⁴²⁾

- c) Die materielle Unmittelbarkeit als abstraktes Denkprinzip und ihre Verwirklichung in Gesetz und Praxis

1. Die theoretische Rechtfertigung dieser Idee

Dem deutschen, wie auch dem schweizerischen Strafprozeß liegt als oberstes Prinzip die Verpflichtung zur Erforschung der materiellen Wahrheit zugrunde. Hiervon leitet man übereinstimmend die Forderung ab, der Richter solle sich zur Erreichung dieses hohen Ziels tunlichst der tatnächsten, zuverlässigsten und besten Beweismittel bedienen und diese möglichst im Originalzustand, d.h. ohne vermittelnde Medien benutzen. In diesem Ansatzpunkt herrscht in beiden Ländern Übereinstimmung. Unterschiedlich ist nur die Intensität, mit der dieser Standpunkt vertreten wird. --

Die deutsche Literatur hat diesen Teilaspekt des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, beginnend mit v.Kries, bis in die heutige Zeit hinein (Heissler, Geppert) immer wieder der Diskussion

41) Oben S. 113 ff

42) Vgl. auch die weitergehende Würdigung oben S. 116

unterzogen. Demgegenüber finden sich in der schweizerischen Literatur (insbesondere Zürcher) nur wenige, meist andeutungsweise Hinweise und programmatische Erklärungen, die sämtlich zurückgehen auf die Lehren v.Kries', Gerlands und Birkmeyers.

Der Grund dafür kann nicht darin liegen, daß die materielle Unmittelbarkeit eine gesetzliche Regelung nicht erfahren hat. Das ist in Deutschland nicht anders. Man darf aber davon ausgehen, daß der schweizerische Strafprozeß vom System der Hauptverhandlung her nicht denselben Anreiz bietet, weil bis auf wenige Ausnahmen bereits der Grundsatz in seiner formellen Ausprägung nur als Möglichkeit, nicht aber als Notwendigkeit verwirklicht ist. Ist nämlich das relevierte Aktenmaterial der Untersuchung von Gesetzes wegen ein der Hauptverhandlung gleichwertiges⁴³⁾ Erkenntnismittel, so bedingt die eingeschränkte formelle Unmittelbarkeit zwangsläufig auch einen in materieller Hinsicht mittelbaren Wahrheitsfindungsprozeß in der Hauptverhandlung.

Die von diesem theoretischen Ansatzpunkt her zwingende Schlußfolgerung, die überwiegende Praxis stütze sich auf einen mittelbaren und damit unzuverlässigeren Erkenntnisprozeß, wäre provokativ und würde aus schweizerischer Sicht auch nicht akzeptiert werden, denn sie ist zwar des erkenntnistheoretischen, kaum aber des praktischen Beweises zugänglich. -- Immerhin führt die Praxis der eingeschränkt unmittelbaren Beweisaufnahme dazu, daß die Frage nach dem tatnächsten Beweismittel sich bereits im Untersuchungsverfahren auswirkt und als Zuverlässigkeitskriterium verwendet wird.

2. Die praktische Bedeutung der materiellen Unmittelbarkeit bei der mittelbaren Beweisführung

Da Zuverlässigkeitserwägungen hinsichtlich der Beweisführung in den Bereich der freien Beweiswürdigung fallen, ergeben sich daraus nach Übereinstimmender Auffassung in beiden Ländern keine Kriterien für die prozessuale Zulässigkeit eines Beweismittels.

43) ... bzw. in der Praxis Überwiegendes ...

Das gilt zunächst allgemein für den Indizienbeweis, der seiner praktischen Bedeutung entsprechend in keiner der zu vergleichenden Prozeßordnungen eingeschränkt oder gar ausgeschlossen wird. Allerdings weisen die in den zahlreichen kantonalen Beweiswürdigungsratschlägen⁴⁴⁾ enthaltenen Vorbehalte gegen Indizien oder "Anzeichen" darauf hin, daß die Zeiten der strengen gesetzlichen Beweistheorie⁴⁵⁾ noch nicht allzu lange vorbei sind.

aa) Personalbeweis

Deutliche gesetzliche Vorbehalte⁴⁶⁾ finden sich in der Schweiz auch gegenüber dem Zeugen vom Hörensagen, der in beiden Ländern von der überwiegenden Meinung als indiziellles Beweismittel angesehen wird. Die Schweiz ist von der in Deutschland zeitweise erbitterten Diskussion um die Zulässigkeit des Zeugen vom Hörensagen verschont geblieben, weil sie sich dort nicht an solchen unklaren Vorschriften wie dem § 250 der deutschen StPO entzünden konnte.⁴⁷⁾

Die Beweisführung durch Zeugen vom Hörensagen ist in beiden Ländern nicht von der Unerreichbarkeit des Originalzeugen abhängig und wird mit dem Vorbehalt als unbedenklich angesehen, daß nicht im Einzelfall nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung und dem Ermittlungsgrundsatz die Vernehmung des Originalzeugen erforderlich ist.

Für den Sonderfall der amtlichen Verhörsperson werden zwar die gleichen Grundsätze angewendet, jedoch sind sich Literatur und Rechtsprechung in beiden Ländern einig, daß die Verhörsperson innerhalb der Beweisführung immer nur ergänzende Funktion haben sollte, und daß in aller Regel der Vorhalt aus dem von der Verhörsperson aufgenommenen Protokoll bessere Ergebnisse bringt als die Vernehmung der Verhörsperson selbst.

Der weitere Sonderfall des "Sachverständigen vom Hörensagen" konnte für das deutsche Recht dahingehend gelöst werden, daß alle vom Sachverständigen über ein Gutachten in die Hauptverhandlung eingeführten Tatsachen, die nicht auf einer

44) Oben S. 74 ff

45) Dazu ausführlich Schenker, Freie Beweiswürdigung

46) Vgl. oben S. 156 f

47) Vgl. oben S. 137 f

besonderen eigenen Sachkunde beruhen, für das Urteil nur dann verwertet werden dürfen, wenn das Gericht auch äußerlich klar die Äußerungen kraft eigener Sachkunde und die Äußerungen kraft Hörensagen auseinanderhält und letztere somit dementsprechend würdigen kann. Für das schweizerische Recht fand sich dieser Problembereich noch weitgehend unbearbeitet. Es konnte allerdings soviel festgestellt werden, daß zwar vereinzelt bei den Äußerungen kraft fremder Sachkunde ein gesondertes Beweisverfahren gefordert wird⁴⁸⁾, daß aber ansonsten die Verwertung der vom Sachverständigen erhobenen Zusatztatsachen kaum ernsthaft beanstandet wird. Die aus dem deutschen Recht bekannte Forderung nach einem "Rollentausch" des Sachverständigen bei der Einführung von Zusatztatsachen⁴⁹⁾ wird nicht erhoben. Diese Tendenz wird noch dadurch gefördert, daß in der schweizerischen Prozeßpraxis die Sachverständigen in aller Regel ihr Gutachten nicht mündlich vertreten müssen (Ausnahme BUND).

Das Gebot der persönlichen Vernehmung einer Person über die von ihr gemachten Wahrnehmungen, verbunden mit dem Verbot einer Ersetzung durch schriftliche Aufzeichnungen, gilt als Hauptanwendungsfall des Grundsatzes der Unmittelbarkeit im Bereich des Personalbeweises. Er ist in diesem Sinne kraft Gesetzes in Deutschland durch § 250 geregelt, der gleichermaßen amtliche und private Berichtsurkunden erfaßt. Zumindest für die privaten Aufzeichnungen kommt auch das schweizerische Recht zu dem gleichen Ergebnis, was aus dem Mündlichkeitsprinzip hergeleitet wird. Wegen des zugleich vertretenen Verlesungsverbots dürfte diese Ansicht jedoch ebenfalls als Bekenntnis zum Unmittelbarkeitsgrundsatz zu werten sein.

Während man in Deutschland allenfalls Ausnahmen für amtliche und einige ärztliche Bescheinigungen zuläßt, ist ein schriftliches Zeugnis etwa in Aargau und Thurgau auch für Anwälte und Ärzte (unbeschränkt) möglich.

Eine bedeutsame Abweichung vom deutschen Recht stellen wir für die Leumundszeugnisse fest, die in der Schweiz ohne Einschränkungen verlesen und für das Urteil verwertet werden

48) Hauser und Waiblinger vgl. oben S. 160; 141

49) Vgl. oben S. 143

dürfen. Diese Praxis wird erstaunlicherweise selbst von engagierten Verfechtern des Unmittelbarkeitsprinzips gutgeheißen, was darauf schließen läßt, daß diese eklatante Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes überhaupt noch nicht wahrgenommen wurde.

Noch deutlicher werden die Unterschiede im Bereich der Ersetzung des unmittelbaren Zeugnisses durch amtliche Protokolle. Eine durchgängige Unmittelbarkeit kennt die Schweiz nur für das Vorverfahren, dessen Abschluß nicht allein auf polizeiliche Protokolle gestützt werden darf⁵⁰⁾. In oder vor der Hauptverhandlung hingegen bilden die Untersuchungsakten die Hauptgrundlage für die Erkenntnisbildung, wenn man von den Verfahren in Basel-Land, Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Schaffhausen, eingeschränkt auch in Neuenburg, Waadt und Tessin, ferner in der MStGO absieht. Zwar ist mit der Ausnahme von Nidwalden (Strafgericht) überall eine unmittelbare Zeugenabklärung in der Hauptverhandlung möglich, sie ist jedoch vor allem in den kleinen Kantonen von Gesetzes wegen die Ausnahme. In den übrigen Kantonen hat die vom Gesetz her offengehaltene Möglichkeit in der Praxis zu einem mittelbaren Beweisverfahren geführt, so daß man sagen kann, die Praxis entscheidet sich nicht aus besonderen Gründen für die Verlesung von Protokollen, sondern sie spricht sich gegen die nochmalige Vernehmung einer Person vor Gericht aus, die bereits im Vorverfahren einvernommen wurde.

Als letzte Vermittlungsform des persönlichen Hinweises ist das Tonband behandelt worden. Zwar werden dessen erkenntnistheoretische Vorzüge gegenüber dem Schriftprotokoll von der Literatur in beiden Ländern nicht verkannt. Die Praxis aber lehnt die Ersetzung des Personalbeweises durch Tonbandaufnahmen ab. In Deutschland wird dies direkt aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz gefolgert, Schrift- und Tonbandprotokolle werden gleich behandelt.

In der Schweiz geht es ohnehin mehr um die Frage der Ersetzung des Schriftprotokolls durch Tonbandaufnahmen, weil der persönliche Beweis bereits weitgehend durch das Schriftprotokoll verdrängt worden ist. Hier führt man vor allem organisatorische, technische und finanzielle Probleme gegen die Einführung von Tonbandprotokollen ins Feld.

50) Ausnahmen in Zürich bei Übertretungen vgl. S. 167

bb) Sachbeweis

Die Surrogation des Urkundenbeweises wird in beiden Ländern unter dem Gesichtspunkt der Unmittelbarkeit als relativ unproblematisch empfunden, da die Verlässlichkeit dieser Beweisführung durch die Reproduktion kaum leidet. Weitgehend praktische Erwägungen sind es, mit denen die Ersetzung des unmittelbaren gerichtlichen Augenscheins durch berichtende Protokolle, Photos oder Pläne gerechtfertigt wird. Das wird in der Schweiz ohnehin durch die Tendenz gefördert, die Hauptverhandlung nicht mit unmittelbaren Beweisaufnahmen zu "belasten". Während es sich in der deutschen Praxis durchgesetzt hat, dem unmittelbaren persönlichen Eindruck durch die Kombination mehrerer Surrogate möglichst nahezukommen, kann man diese Sorgfalt in der Schweiz nur vereinzelt, etwa in beiden Basel und Bern, feststellen.

d) Die wichtigsten Ausnahmen vom Grundsatz der Unmittelbarkeit im Bereich des Personalbeweises

1. Echte Ausnahmen

Die Untersuchung der Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz fand im schweizerischen Recht nur in den Kantonen Basel-Land und Stadt, Bern, Freiburg, Schaffhausen, sowie in der MStGO mit Deutschland vergleichbare Verhältnisse vor, da man nur dort - bei grundsätzlich unmittelbarem Beweisverfahren - von Ausnahmen im eigentlichen Sinne sprechen kann. Der auf den ersten Blick wesentlichste Unterschied zwischen beiden Ländern besteht darin, daß in Deutschland prinzipiell nur richterliche Protokolle als Ersatz für unmittelbare Zeugenvernehmungen zugelassen sind. In der Schweiz konnte eine solche Beschränkung nicht festgestellt werden.⁵¹⁾

Soweit es um die Verhütung von Beweisverlusten geht, die durch nicht verfügbare Aussagepersonen drohen, dürfen die Gerichte auf jede Art von Protokoll zurückgreifen, wenn die Einvernahme eines Zeugen absolut unmöglich ist. Ist das

51) Lediglich für Bern gibt es Stimmen, die richterlichen Protokollen den Vorzug vor sonstigen einräumen wollen, vgl. S. 189 f.

Hindernis nur vorübergehender Art, so läßt die deutsche StPO nur richterliche Protokolle zu. Hierzu tendiert in der Schweiz vor allem Bern. Im übrigen hat es den Anschein, als habe das für diese Fälle vorgesehene Institut der vorgängigen richterlichen Beweisaufnahme in der schweizerischen Praxis keine große Bedeutung.

Wenn aus prozeßökonomischen Erwägungen heraus auf eine unmittelbare Zeugeneinvernahme verzichtet werden soll, so kann dies in Deutschland und in Bern nur im Einverständnis des Gerichts und der Parteien geschehen.⁵²⁾ In der übrigen Schweiz genügt meist schon die Zustimmung des Vorsitzenden oder einer Partei (z.B. Glarus und Wallis). Größte praktische Bedeutung hat in der Schweiz die Protokollverlesung zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis. Nach der überwiegenden Praxis wird bei Vorliegen eines glaubwürdigen Geständnisses von jedem weiteren Beweisverfahren abgesehen.⁵³⁾ Keine praktischen Unterschiede ergeben sich für die Verlesbarkeit behördlicher Zeugnisse, ärztlicher und sonstiger Routinegutachten. Allerdings ist nach der deutschen Regelung der Kreis der verlesbaren Urkunden wesentlich kleiner als in der Schweiz.⁵⁴⁾

Im wesentlichen gleich behandelt wird in beiden Ländern das Berufungsverfahren, das⁵⁵⁾ nur ein eingeschränkt unmittelbares Beweisverfahren vorsieht bzw. ein solches der Parteinitiative überläßt. Während diese Regelung in der deutschen Literatur seit langem mit dem Argument bekämpft wird, die Wahrheitserforschungspflicht des Gerichts erfordere ein garantiert unmittelbares Beweisverfahren⁵⁶⁾, wird diese Verfahrensgestaltung in der Schweiz nahezu einmütig befürwortet, weil man sich von einem erneuten Beweisverfahren in der zweiten Instanz infolge des Zeitablaufs keine besseren Ergebnisse verspricht, als sie die erste Instanz mit einem unmittelbaren Beweisverfahren erbringt.⁵⁷⁾

52) Ebenso offenbar Basel, Freiburg, Schaffhausen und MStGO

53) Vgl. S. 190 FN 338

54) Vgl. S. 182 f., 190 f.

55) Nicht alle schweizerischen Strafprozeßordnungen kennen eine Berufungsinstanz; vgl. S. 192 FN 343

56) S.o. S. 183 FN 299, 184

57) Vgl. S. 192

Dieser Standpunkt verdeutlicht auch die in der Schweiz vorherrschende Einstellung zum unmittelbaren Beweisverfahren überhaupt: Da bei einem unmittelbaren Beweisverfahren die entscheidungserheblichen Tatsachen erst in einem relativ späten Zeitpunkt endgültig fixiert werden (nämlich in der Hauptverhandlung), hält man die bereits im frühen Untersuchungsstadium festgehaltenen Beweisergebnisse für frischer und genauer, weshalb ihnen ein direkter Einfluß auf das Urteil zumindest offengehalten werden sollte. Daß hierbei die erkenntnisfördernde Einheit von Beweisaufnahme und Beweiswürdigung verloren zu gehen droht, wird weitgehend ignoriert. Einer der Hintergründe für diesen Standpunkt dürfte die Sorge sein, ein grundsätzlich unmittelbares Beweisverfahren könnte die Kantone finanziell übermäßig belasten. Die schweizerische Gerichtspraxis ist deshalb auch bei der Entscheidung, ob ein Zeuge vorgeladen werden soll, wesentlich mehr auf die Kosten bedacht als die deutsche.

2. Die Problematik des Vorhalts aus den Akten

Bei Vorhalten und Verlesungen aus den Akten im Zusammenhang mit der Vernehmung einer Person muß man von einem unmittelbaren Beweisverfahren her stets der Gefahr Rechnung tragen, daß der verlesene Akteninhalt die vorrangige Bedeutung der eigenen mündlichen Aussage der Person im Bewußtsein der Aussageperson und des Richters überlagern kann.

Diese Erkenntnis führt im deutschen Strafprozeßrecht zu einem ausgeprägten Mißtrauen gegenüber solchen Verlesungen, die die Grenze zwischen einem formfreien Vorhalt und einem in concreto unzulässigen Urkundenbeweis verwischen können. Die schweizerische Praxis läßt auch in den vom Unmittelbarkeitsgrundsatz beherrschten Verfahren deutlich weniger Vorbehalte erkennen.⁵⁸⁾ In Bern und Schaffhausen etwa dürfen Protokolle "zur Aufklärung" verlesen werden, in Zürich ist es weitverbreitete Gewohnheit, etwa dem Angeklagten gleich zu Beginn der Verhandlung alles Belastungsmaterial aus den Akten vorzuhalten.

58) Vgl. S. 194 f.

Vor dem Hintergrund dieser Problematik sind die in beiden Ländern zulässigen Protokollverlesungen zur Behebung von Gedächtnislücken und zur Abklärung von Widersprüchen zu sehen. Wenn beide Fälle in der Konsequenz als Urkundenbeweis und nicht nur als besonders geregelte Vorhalte angesehen werden, so rechtfertigt sich zumindest der erste Fall in dem Bemühen, einem drohenden Beweisverlust entgegenzuwirken. Anders als in Deutschland wird in der Schweiz der zweite Fall nicht als ultima ratio angesehen, für den Fall, daß Widersprüche nicht auf andere Weise in der Hauptverhandlung behoben werden können.

III -- Abschließende Bemerkung --

Insgesamt gewinnt man aus einem Vergleich des schweizerischen und des deutschen Hauptverhandlungssystems den Eindruck, daß

- a) die Schweiz mit viel Sinn für die Bedürfnisse der Praxis die unmittelbare Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung als einen der möglichen Wege zur Wahrheitserforschung neben der direkten Verwertung der Untersuchungsakten ansieht, ohne die Frage entscheiden zu wollen, welcher Weg der bessere sei, während
- b) Deutschland - aufgrund intensiverer wissenschaftlicher Durchdringung der Problematik - diese Frage zugunsten der unmittelbaren Beweisaufnahme beantwortet sieht und sich für eine zwar kompliziertere aber letztlich eindeutige gesetzliche Fixierung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes entschieden hat.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 28.10.1949 in Wolfenbüttel als erster Sohn des Ingenieurs Hans-Theodor Grisebach und seiner Ehefrau Christa, geb. Waldow, geboren.

Die Schulzeit verbrachte ich im wesentlichen in Hamburg. Dort besuchte ich ab 1960 das naturwissenschaftlich-neusprachliche Gymnasium für Jungen in Eppendorf, wo ich 1969 die Reifeprüfung ablegte.

Unmittelbar danach nahm ich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Albert-Ludwig-Universität in Freiburg auf, das ich ohne Unterbrechung im Jahre 1973 mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung abschloss. Meinen Vorbereitungsdienst leistete ich in Lörrach und Freiburg ab. Im Sommer 1976 bestand ich die Zweite Juristische Staatsprüfung in Stuttgart.

Seit 1973 bin ich verheiratet mit der Lehrerin Susanne Ertelt. Ich habe mich nach dem 2. Examen in Freiburg als Rechtsanwalt niedergelassen und gehöre seit 1977 einer wirtschaftsrechtlich orientierten Anwaltssozietät an.

Die vorliegende Dissertation geht zurück auf Anregungen, die ich im Sommer 1975 als Teilnehmer eines deutsch-schweizerischen Seminars des Max-Planck-Instituts in Freiburg erhalten habe.

